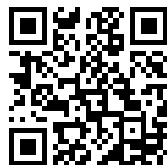


---

This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

<https://books.google.com>





## A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

## Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

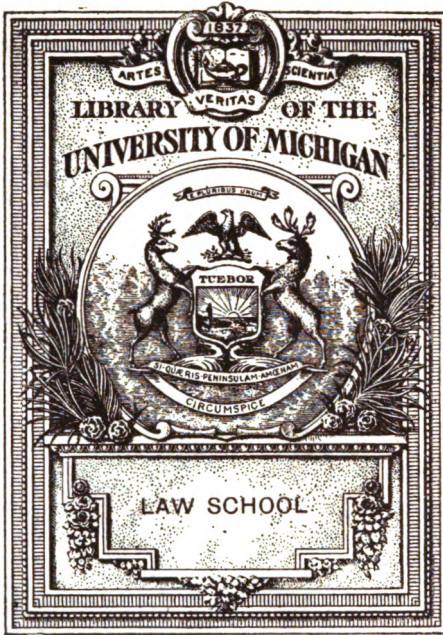
## À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>



Call  
Completed  
for  
Hobbs

K21 .C725x





FL2  
R46  
C934

Stor  
A3837









**REVUE CRITIQUE**  
**DE**  
**LÉGISLATION**  
**ET DE**  
**JURISPRUDENCE**

---

PARIS. — IMPRIMERIE F. PICHON, 282, RUE SAINT-JACQUES, & 24, RUE SOUFFLOT.

---

REVUE CRITIQUE  
DE  
LÉGISLATION  
ET DE  
JURISPRUDENCE

PAR MM.

**LÉON AUGOC**  
Ancien président de section  
au Conseil d'État,  
Membre de l'Institut.

**G. ACCARIAS**  
Inspecteur général honoraire  
des Facultés de droit,  
Profess. à la Faculté de droit de Paris.

**CH. LYON-CAEN**  
Professeur à la Faculté de droit  
de Paris  
et à l'École des Sciences politiques.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

**GABRIEL DEMANTE**, professeur à la Faculté de droit de Paris ;  
**ALBERT DESJARDINS**, professeur à la Faculté de droit de Paris ;  
**E. GLASSON**, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris ;  
**LABBÉ**, professeur à la Faculté de droit de Paris ;  
**ED. LAFFERRIÈRE**, vice-président du Conseil d'État ;  
**L. RENAULT**, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

**BRIÉMOND**, professeur à la Faculté de droit de Montpellier ; **CHAUSSE**, professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier ; **G. DEBAcq**, avocat à la Cour d'appel de Paris ; **G. LEBERT**, professeur à la Faculté de droit de Caen ; **H. LESPINASSE**, président honoraire à la Cour de Pau ; **LOUIS-LUCAS**, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon ; **CH. MASSIOLI**, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris ; **H. MONNIER**, professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux ; **PASCAUD**, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry ; **PLANIOL**, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris ; **CH. TESTOUD**, professeur à la Faculté de droit de Grenoble ; **WALLON**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse ; **WISS**, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

49465  
XXXVII<sup>e</sup> ANNÉE

Nouvelle série. — TOME XVII.

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, S<sup>r</sup>, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,  
24, rue Soufflot, 24

1888





## EXAMEN DOCTRINAL

## JURISPRUDENCE CRIMINELLE.

(1886-1887),

Par M. Albert DESJARDINS, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

I. C. p., art. 177 et suiv. — Corruption de fonctionnaires publics.

II. C. p.; art. 336 et 337. — Adultère de la femme désistement du mari au cours de la poursuite.

III. C. p., art. 371, 15°. — Légalité des arrêtés pris par les maires.

IV. Loi du 19 mai 1874, sur le travail des enfants dans les manufactures, art. 12. — Responsabilité pénale des manufacturiers et patrons.

V. Loi du 29 juillet 1881, sur la presse, art. 29 et 33. — Injure et diffamation.

I. C. p., art. 177 et suiv. — Corruption de fonctionnaires publics.

Le Code pénal contient, liv. III, titre I, chap. III, section II, un § 4, qui porte pour rubrique : *De la corruption des fonctionnaires publics* (art. 177 à 183), et l'art. 177 commence par ces mots : « Tout fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire, tout agent ou préposé d'une administration publique... » Toutes les fois que le législateur emploie des expressions générales, le juge doit se demander quels sont les cas particuliers auxquels s'applique la disposition législative, et c'est une question à laquelle il peut être difficile ou délicat de répondre, surtout en matière pénale. Nos Cours ont eu plus d'une fois à se prononcer sur l'étendue que devait recevoir l'art. 177, et notamment dans deux affaires récentes.

1° La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juin 1886, a fait rentrer dans les termes de l'art. 177 un sous-chef de section du cadre auxiliaire des ponts-et-chaussées organisé pour la période des grands travaux publics par le décret du 20 déc. 1878; elle a vu en lui l'agent d'une administration publique. Cette décision, conforme à un assez grand nombre de décisions antérieures, ne pourrait être que difficilement contestée.

2° La même Cour en avait rendu, le 29 mai précédent, une autre analogue sur un cas plus embarrassant. Il s'agissait d'un conseiller municipal, à qui une somme d'argent avait été offerte

pour le cas où son influence et son vote contribueraient à faire obtenir à certaines personnes la concession de grands travaux publics : « Quiconque, dit l'art. 179, aura... corrompu ou tenté de corrompre par promesses, offres, dons ou présents l'une des personnes de la qualité exprimée en l'art. 177... » Un conseiller municipal peut-il être regardé comme étant une de ces personnes ? Quand l'art. 75 de la constitution de l'an VIII était en vigueur, la jurisprudence du Conseil d'État n'hésitait pas à dénier la qualité d'agents du gouvernement aux membres des conseils municipaux, à moins qu'ils ne se trouvaient remplir les fonctions de maire et que l'acte qui aurait pu provoquer des poursuites n'eût été fait dans l'exercice de ces fonctions. Ce précédent n'a pas arrêté la Cour de cassation : « Attendu que l'expression *fonctionnaire public* employée par l'art. 177 doit être entendue dans son sens le plus général : qu'elle vise non-seulement des citoyens revêtus, à un degré quelconque, d'une portion de la puissance publique, mais encore ceux qui, investis d'un mandat public, soit par une élection régulière, soit par une délégation du pouvoir exécutif, puisent dans ce mandat le droit de concourir à la gestion des affaires de l'État, du département ou de la commune ; — qu'au nombre de ces mandataires publics figurent évidemment les membres des conseils municipaux ; — qu'on ne saurait d'ailleurs refuser ce caractère de généralité à l'art. 177, sans méconnaître l'intention qu'a eue le législateur de protéger le corps social contre la corruption de toutes personnes ayant reçu mission de participer à l'administration de la chose publique. »

On voit quelle est l'étendue de la doctrine admise par la Cour de cassation. Il ne s'agit plus seulement de la commune, il s'agit du département et de l'État. L'art. 177 ne s'applique pas seulement aux conseillers municipaux, il embrasse les conseillers généraux, les députés, les sénateurs. Par là est tranchée en principe, depuis le mois de mai 1886, une question qui devait malheureusement se présenter en fait au mois d'octobre 1887.

Que la solution soit morale et raisonnable à la fois, on ne peut le contester. Quel contraste choquant n'offrirait pas la sévérité déployée contre le sous-chef de section du cadre auxiliaire des ponts-et-chaussées avec l'impunité laissée aux conseillers élus,

aux sénateurs et aux députés qui auraient trafiqué de leurs haute situation? S'il faut accepter ce contraste, ce n'est qu'en exprimant le regret de trouver une lacune dans la loi et le désir de la voir combler.

Mais il est vraiment difficile de faire rentrer les membres des assemblées délibérantes et des conseils élus dans les termes de l'art. 177. C'est d'abord le langage usuel qui s'y oppose; il refuse assurément de comprendre ces personnes dans l'expression *fonctionnaires publics*. La terminologie du Code pénal lui-même ne le permet pas davantage; l'art. 177 n'est pas le seul où il s'occupe des fonctionnaires publics; il dit, dans l'art. 114 : « Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire... » Qu'il s'agisse seulement des personnes encadrées dans l'organisation administrative, c'est ce qui résulte du second alinéa : « Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique... » Il est vrai qu'on trouve un peu plus loin une section intitulée *Coalition des fonctionnaires* et que l'art. 123, par lequel elle commence, s'exprime ainsi : « Tout concert de mesures contraires aux lois, pratiqué, soit par la réunion d'individus ou de corps dépositaires de quelque partie de l'autorité publique... » Mais de quels corps s'agit-il? De ceux qui sont composés d'agents du pouvoir, d'hommes qui tiennent du pouvoir leur investiture : « Si ce concert (de mesures contre l'exécution des lois ou contre les ordres du gouvernement), dit l'art. 126, 2<sup>o</sup>, a eu lieu entre les autorités civiles et les corps militaires ou leurs chefs... » Berlier, dans l'*Exposé des motifs*<sup>1</sup>, disait : « Des fonctionnaires qui répandraient aussi mal à la confiance du gouvernement et aux besoins de la cité, seront justement punis... »

L'art. 177 ne s'en tient pas, d'ailleurs; aux mots *fonctionnaires publics*, il ajoute : *de l'ordre administratif ou judiciaire*. Ces mots, qui ne sont pas reproduits dans l'arrêt du 29 mai 1886, sont importants. Il s'agit évidemment des personnes qui rentrent

<sup>1</sup> Loaré, t. XXIX, p. 453.

dans cette hiérarchie instituée pour exercer, sous une impulsion et sous une surveillance supérieures, les innombrables attributions du pouvoir exécutif.

3<sup>o</sup> A cette première condition, la qualité de fonctionnaire public..., il faut en ajouter une autre pour que l'art. 177 ou l'art. 179 soient applicables : « Pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi, même juste, mais non sujet à salaire, » porte l'art. 177, en parlant de la personne corrompue. — « Pour obtenir, soit une opinion favorable, soit des procès-verbaux, états, certificats ou estimations contraires à la vérité, soit des places, emplois, adjudications, entreprises ou autres bénéfiques quelconques, soit tout autre acte du ministère du fonctionnaire, agent ou préposé, soit enfin l'abstention d'un acte qui rentrerait dans l'exercice de ses devoirs, » porte l'art. 179, en parlant de la personne qui a tenté de corrompre.

Le pourvoi soutenait que l'acte demandé au conseiller municipal « ne constituerait pas, au sens de l'art. 179, C. p., *un acte de la fonction de conseiller municipal*. L'arrêt répond ainsi : « Attendu, il est vrai, que la tentative de corruption d'un fonctionnaire public ou d'un agent d'une administration publique ne tombe sous l'application de l'art. 179 qu'autant que cette tentative a eu pour objet d'obtenir, soit un acte du ministère du fonctionnaire ou agent, soit l'abstention d'un acte rentrant dans l'exercice de ses devoirs : — Mais attendu qu'il est constaté par l'arrêt entrepris (Paris, 30 novembre 1885) que les prévenus, en offrant ou promettant une somme d'argent au sieur Michelin, alors président du conseil municipal de Paris, pour le cas où ils obtiendraient la concession des travaux d'achèvement du boulevard Haussmann, entendaient que ce fonctionnaire mit à leur service son *influence* et son *vote*; — Qu'une promesse faite dans ces conditions avait manifestement pour objet un acte de la fonction du conseiller municipal Michelin... »

*Son influence et son vote!* Il nous sera permis de nous demander s'il ne faudrait pas distinguer. Le *vote* nous paraît bien atteint par l'art. 179 : « Pour obtenir, soit une *opinion* favorable, » Que *vote* soit compris dans *opinion*, rien de plus naturel. Mais il n'en est pas de même de l'*influence*. Aucune des expressions de



l'art. 179, à plus forte raison aucune de celles de l'art. 177 ne nous semble devoir et même pouvoir y être rapportée. Ce n'est certes pas là un acte de la fonction ou de l'emploi que de faire une démarche, une demande, avec la conviction ou l'espoir d'obtenir gain de cause, grâce à l'autorité dont on jouit sur la personne à laquelle on s'adresse, alors même qu'on doit entièrement cette autorité à sa fonction ou à son emploi.

La nature du fait ne nous semble pas se prêter plus que la qualité de la personne à l'application des art. 177 et 179.

Nous pouvons trouver la loi insuffisante. Elle l'est aujourd'hui, mais l'était-elle en 1810 ? La différence des temps explique que la loi faite sous le premier Empire ne convienne pas à la troisième République. Qui pensait autrefois à des abus ou à des trafics d'influence de la part des membres des conseils municipaux, même à Paris, de la part des membres des Assemblées délibérantes ?

II. C. p., art. 336 et 337. — Adultère de la femme; désistement du mari au cours de la poursuite.

« Le mari qui a dénoncé l'adultère de sa femme peut-il se désister de sa plainte et ce désistement a-t-il l'effet d'arrêter la poursuite ? » Telle est la question que pose M. Faustin-Hélie<sup>1</sup>, et à laquelle il répond affirmativement, avec une jurisprudence devenue inébranlable.

Mais aucun texte de loi ne donne au mari ce droit exceptionnel d'arrêter l'action publique après avoir levé l'obstacle qui l'eût empêchée de s'exercer : « Cette règle, dit l'auteur, ne saurait être sérieusement contestée. Elle dérive évidemment, sinon du texte, du moins de l'esprit de la loi. » Cet esprit, on le trouve dans deux règles, posées, l'une par l'art. 336, l'autre par l'article 337. L'art. 336 commence ainsi : « L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari... » — La loi, dit M. Hélie, en subordonnant la poursuite à la dénonciation du mari, a voulu qu'il pût sans cesse pardonner à sa femme, et que l'exercice de l'action publique ne fût jamais un obstacle à la réconciliation des époux. Il serait contradictoire de continuer les poursuites malgré

<sup>1</sup> *Théorie du Code pénal*, n. 1620, t. IV, p. 330 et suiv. (5<sup>e</sup> éd.) 1

la volonté du mari, lorsque son assentiment est nécessaire pour les commencer... » Ce premier argument est corroboré par un autre : « Telle est la puissance domestique du mari, que non-seulement il a seul le droit de se plaindre, mais, qu'il peut encore, après la condamnation prononcée et en consentant à la reprendre, soustraire sa femme à la peine dont les tribunaux l'ont frappée. Or, si le mari peut exercer un tel pouvoir après que sa femme a été condamnée, à plus forte raison le peut-il avant cette condamnation; il peut donc, en se désistant de la plainte qu'il a portée, arrêter les poursuites. »

Mais ces deux arguments aboutissent à des conséquences très différentes. Si l'on s'attache au premier, le désistement pur et simple suffit pour mettre obstacle à la continuation de la poursuite; si l'on adopte le second, la faculté qu'on reconnaît au mari de se désister n'étant qu'induite de celle qui lui est expressément accordée de faire cesser l'effet de la condamnation à la condition de reprendre sa femme, cette condition nous semble devoir être mise au désistement avant le jugement.

C'est le premier argument qu'a choisi la Cour de cassation dans un arrêt du 24 juillet 1886 : » Attendu, en droit, qu'aux termes de l'art. 336, C. p., en matière d'adultère, les poursuites du ministère public ne peuvent être exercées que sur la dénonciation du mari; — que, *par une conséquence nécessaire*, l'action du ministère public doit cesser lorsque, pendant les poursuites, le mari rétracte sa plainte par une déclaration formelle; — que le mari, en se désistant de sa dénonciation au ministère public, n'est pas soumis à l'obligation de reprendre sa femme; — que cette obligation ne lui est imposée que dans le cas où, conformément aux dispositions de l'art. 337, C. p., il veut user d'un droit de grâce et arrêter les effets d'une condamnation prononcée contre sa femme. »

La doctrine admise par la Cour suprême serait irréprochable, s'il était vrai que la faculté d'arrêter par un désistement l'action du ministère public fût une *conséquence nécessaire* du droit attribué au mari par l'art. 336. Mais là est la question.

« Il faut bien observer, dit M. Le Sellyer <sup>1</sup>, que, même dans le

<sup>1</sup> *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée*, t. 1, p. 332, n. 242.

cas où le ministère public ne peut agir que sur la plainte de la partie lésée, une fois que cette plainte a été portée, il ne dépend plus de la partie lésée, en se désistant de sa plainte, d'empêcher les poursuites du ministère public. En effet le principe général, comme nous l'avons établi, c'est que tout délit donne essentiellement lieu à une action publique, laquelle, sauf les cas particuliers d'exception, est confiée de la manière la plus absolue au ministère public par l'art. 1, C. I. C. — A la vérité, le législateur a, dans certains cas, déclaré que le ministère public ne pourrait agir que sur la plainte de la partie intéressée. Mais il n'a dit nulle part que, une fois cette plainte intervenue, la partie lésée devait y persister pour que l'action publique pût être exercée ou continuer à être suivie; lors donc que la plainte serait retirée, le principe général conserverait son application et le ministère public pourrait exercer ou suivre l'action publique, les exceptions ne devant pas se suppléer. »

Cette opinion, n'a pas seulement pour elle les auteurs en général<sup>1</sup>; la Cour de cassation l'a consacrée à plusieurs reprises. Citons un arrêt du 13 décembre 1855 : « Attendu que l'action publique, une fois mise en mouvement, ne peut rester dépendante et subordonnée au changement de volonté de la partie civile et être arrêtée dans sa marche légale par le fait ou l'inaction même de cette partie;... que, la condition (préalable de la plainte) une fois remplie, le ministère public rentre dans la plénitude de ses attributions... »

Que devient, s'il est vrai, et d'après la jurisprudence même de la Cour de cassation, la *conséquence nécessaire* dont elle parle dans son arrêt du 26 juillet 1886 ?

Le législateur lui-même l'a indirectement condamnée, à propos d'une autre matière, quand il a introduit dans la loi du 29 juillet 1881, sur la presse, un texte ainsi conçu : « Le désistement du plaignant arrêtera la poursuite commencée (art. 60, 5<sup>o</sup>). » La conséquence ne résultait donc pas nécessairement de ce que

<sup>1</sup> Aux auteurs cités en note par M. Le Sellyer, ajouter M. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 5<sup>e</sup> éd., t. II, p. 353, n. 1886, et M. Faustin-Hélie lui-même dans son *Traité de l'instruction criminelle*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 264, n. 758.

la plainte de la personne injuriée ou diffamée était exigée pour la poursuite dans le cas prévu par le § 1 de cet article !

Dès lors le second argument est le seul qu'on puisse invoquer ; c'est sur l'art. 337 qu'il faut s'appuyer pour donner au mari le droit d'arrêter par son désistement la poursuite que sa plainte avait permis de commencer, mais de quel droit écarte-t-on la condition écrite dans l'art. 337, la reprise de la vie commune ?

« Par la nature presque privée de ce délit, disait M. Monseignat dans son rapport au Corps législatif, ou plutôt par la puissance domestique dont est investi le mari, ce dernier restera toujours le maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre son épouse. Il pourra, en la reprenant chez lui, se livrer au plaisir de lui pardonner ; il jouira dans toute sa plénitude du droit de faire grâce, et de resserrer les liens de l'amour par ceux de la reconnaissance ». Ce que le législateur a voulu donner au mari, c'est moins le droit de faire grâce, comme on dit souvent après M. Monseignat, que celui d'accorder à sa femme une réconciliation. Que les époux se réconcilient ! Voilà le vœu de la loi, mais voilà aussi la condition mise à la grâce. Exiger cette condition pour que le désistement arrête la poursuite, c'est se conformer à ce vœu.

III. C. p., art. 471, 15°. — Légalité des arrêtés pris par les maires.

1° L'intervention du pouvoir judiciaire peut être nécessaire pour empêcher les oppressions locales, notamment celles qui pourraient avoir leur cause ou chercher leur justification dans la politique. Le maire de Jaligny avait pris, le 24 août 1885, un arrêté interdisant à une société musicale, la *Fanfare de la Besbre*, de jouer sur les places et dans les lieux publics de la commune de Jaligny. Fallait-il attacher à cet arrêté la sanction pénale établie par l'art. 471 ? La Cour de cassation ne l'a pas pensé, en examinant les motifs sur lesquels il était fondé : « Attendu que des motifs et du dispositif de l'arrêté il résulte que le maire.... n'a relevé aucune circonstance se rattachant au maintien de l'ordre et de la tranquillité publique ; que l'arrêté dont s'agit, qui concerne exclusivement les sociétaires de la fanfare, est fondé seulement sur ce que cette société musicale aurait refusé, le jour de la

fête nationale, de jouer l'air de la *Marseillaise* ou tout autre air patriotique, sans que, d'ailleurs, il soit allégué ou même indiqué que, par ce refus, la fanfare ait pu causer le moindre désordre dans la commune de Jaligny; — Attendu que, dans ces circonstances, le juge de paix a fait une juste application de l'art. 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 et de l'art. 471, 15°, C. p., en décidant que le maire de Jaligny avait excédé ses pouvoirs en prenant contre la société de la *Fanfare de la Besbre* un arrêté qui n'avait nullement pour objet de maintenir et de faire respecter l'ordre et la tranquillité publics dans la commune de Jaligny. » (Crim., 19 fév. 1887).

On voit quelles sont les circonstances relevées par l'arrêt pour rejeter le pourvoi,

1. L'arrêté concerne exclusivement la *Fanfare de la Besbre*. Ce n'était donc pas la musique en elle-même qui troublait l'ordre et la tranquillité sur le territoire de Jaligny. — 2. Les dispositions politiques des exécutants qui se réunissaient pour former la *Fanfare de la Besbre* motivaient seules la mesure du maire, or n'y a pas de loi qui l'autorise à distinguer entre ses amis et ses adversaires politiques, pour interdire aux uns ce qui resterait permis aux autres. — 3. Il y a telles circonstances de fait où le refus de jouer un certain air peut causer du désordre, où ce refus répété, chaque fois que la musique se réunirait en plein air, causerait un désordre en quelque sorte permanent; rien de pareil dans la cause, l'arrêt le constate.

Sociétés musicales, sociétés agricoles, sociétés de gymnastique et bien d'autres seraient quelquefois bien malheureuses, si elles étaient laissées à la disposition de l'autorité locale.

2° La Cour de cassation, le 11 juin 1887, a décidé que la sanction pénale avait été appliquée à tort dans les circonstances suivantes, auxquelles toute pression politique paraît avoir été étrangère. Le maire de Malaucène avait interdit à toute personne jouant de la trompette, du clairon ou de tout autre instrument bruyant ou incommode de s'exercer sur lesdits instruments individuellement ou en corps avant sept heures du matin et après sept heures du soir, à moins d'une autorisation écrite de l'autorité municipale. Cette prohibition s'étendait à la fois aux lieux

publics et à l'intérieur des habitations, elle s'appliquait à tous les instruments. La Cour a jugé, « en droit, que, si cet arrêté a été légalement pris, en ce qui concerne l'interdiction du jeu des instruments de musique dans les lieux publics par l'autorité chargée de veiller au maintien de l'ordre dans les rues et à la tranquillité des habitants, le maire de Malaucène a dépassé la limite des pouvoirs qui lui sont attribués par la loi, en prohibant l'usage de ces instruments dans les habitations particulières. »

Il a fallu, dans l'espèce, garantir le droit qu'à chacun d'être le maître chez lui. Ce n'est pas seulement l'esprit de parti qui est à craindre, c'est aussi la différence des goûts, et il ne peut être admis qu'un maire abuse de son pouvoir pour venger ses nerfs irrités, le fussent-ils justement, par les exercices, quelquefois peu flatteurs, quoique consciencieux, d'un instrumentiste qui répète sa partie à l'heure tardive où ses occupations lui en laissent le loisir.

IV. Loi du 19 mai 1874, sur le travail des enfants dans les manufactures, art. 12. — Responsabilité pénale des manufacturiers et patrons.

« Des règlements d'administration publique détermineront les différents genres de travaux présentant des causes de danger ou excédant leurs forces, qui seront interdits aux enfants dans les ateliers où ils seront admis. »

De ce texte il faut rapprocher l'art. 2 du décret réglementaire du 13 mai 1875, ainsi conçu : « Il est interdit d'employer des enfants au-dessous de seize ans dans les ateliers qui mettent en jeu des machines dont les parties dangereuses et pièces saillantes mobiles ne sont point couvertes de couvre-engrenages ou garde-mains ou autres organes protecteurs. »

Telles sont les dispositions que la Cour de Paris a eu à interpréter et qu'elle a interprétées largement dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 1887 (1).

Un enfant de quatorze ans, employé dans une fabrique de bonneterie, à un moment où il n'avait pas d'occupation assignée, voulut enlever une ficelle qu'il avait jetée le matin sur l'arbre de

(1) D. P., 87. 2. 208.

transmission d'un bobinoir ; la ficelle tournait avec l'arbre sur lequel elle était enroulée ; l'index de la main droite de l'enfant fut pris dans la boucle de la ficelle, et l'enfant, voulant se dégager, retira la main avec une violence telle que la ficelle coupa la première phalange. Le maître fut poursuivi comme ayant contrevenu aux deux textes cités, en ne garnissant pas d'appareils protecteurs l'arbre de transmission. Les premiers juges prononcèrent l'acquiescement, « en se fondant sur ce que la loi aurait seulement prévu le cas où un enfant, au cours du travail, même par sa propre imprudence, s'exposerait à un accident, mais qu'elle n'aurait point eu en vue l'hypothèse où le jeune ouvrier, *par un fait de gaminerie*, irait en quelque sorte au-devant du danger et aurait ainsi à en subir les conséquences. » La Cour réforma le jugement : « Considérant que, en prescrivant l'adoption de dispositions matérielles de nature à écarter des enfants au-dessous de seize ans toute cause de danger, dans les limites des prévisions possibles, le législateur a entendu, non seulement les protéger, de la manière la plus efficace, contre les dangers inhérents à leurs occupations, mais encore les défendre contre les conséquences graves que pourraient avoir pour eux les actes de légèreté, d'étourderie et de caprice, si naturels à leur âge et se produisant au milieu des machines et des métiers d'un atelier. »

Nous ne contesterons pas cette doctrine ; nous nous bornerons à en faire ressortir l'importance. Des juges humains interprètent la pensée de législateurs humains ; cette pensée leur paraît dépasser les termes qui ont été employés ; dans une prohibition, et dans une prescription déterminées, et par cela même étroites, ces juges cherchent autre chose ; ils en viennent à découvrir cette loi, beaucoup plus élevée, sans doute, mais beaucoup plus générale, que celui qui emploie des enfants doit les protéger contre eux-mêmes, contre leurs propres fautes, et que ce devoir peut être l'objet d'une sanction pénale. Interprétation large assurément, mais qui nous semble raisonnable et fidèle.

V. Loi du 29 juillet 1881, sur la presse, art. 29 et 33. — Injure et diffamation.

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 18 novembre 1886,

résolu diverses questions posées devant elle au sujet de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse.

1. Des propos à la fois diffamatoires (art. 29) et injurieux (art. 33) avaient été tenus par le maire d'une commune importante aux membres délégués d'une société musicale sur le compte du chef de musique. Les faits n'étaient pas contestés ; le caractère de diffamation, celui d'injure, que présentaient les propos tenus, ne l'étaient pas davantage. Mais deux motifs étaient donnés pour excuser la diffamation et l'injure, et ces deux motifs avaient été accueillis par le juge du fait. L'un était que le maire avait parlé en réponse à une interpellation, l'autre que ses paroles étaient confidentielles : « Attendu, dit la Cour de cassation, que cette excuse n'est pas admise par la loi, et que les propos diffamatoires ou injurieux ne perdent pas leur caractère légal, lorsqu'ils sont une réponse à une interpellation ; — Attendu qu'on ne saurait considérer comme confidentielle une réponse destinée à être reportée par les délégués aux membres de la société musicale qui les avait envoyés. » On comprend sans peine quel danger il y aurait à ce que l'immunité couvrit des réponses, quelles qu'elles fussent, faites à des questions qui pourraient être provoquées, et à ce que l'on tint pour confidentiel ce qui n'aurait été dit à un petit nombre de personnes que pour être reporté à un grand nombre.

2. Le tribunal avait déclaré que la diffamation non publique, qui n'est pas expressément punie par la loi du 29 juillet 1881, devait dès lors échapper à toute répression, l'art. 68 de cette loi portant : « Sont abrogés les édits, lois, décrets, ordonnances, arrêtés, règlements, déclarations généralement quelconques, relatifs à l'imprimerie, à la librairie, à la presse périodique ou non périodique, au colportage, à l'affichage... » Mais cette abrogation « est limitative, dit l'arrêt du 14 novembre 1886, et doit être bornée aux dispositions législatives réprimant les injures commises par la voie de la presse et par des discours proférés dans les lieux ou réunions publics. » Il n'y a donc rien de changé ni dans la législation, ni dans la jurisprudence antérieure à 1881, au sujet des mêmes faits, quand ils sont non publics. A la diffamation, comme à l'injure, quand il n'y a pas de publicité,



doit s'appliquer l'art. 471-11<sup>o</sup>, quoiqu'il ne parle que de la seconde.

Laissons de côté la question si, en effet, malgré la nécessité de restreindre plutôt que d'étendre l'application des lois pénales, l'art. 471-11<sup>o</sup>, qui ne parle que de l'injure, doit aussi s'entendre de la diffamation. Les propos du maire en question étaient à la fois et diffamatoires et injurieux. S'ils n'entraînaient pas au premier titre l'application de la sanction pénale établie par l'art. 471-11<sup>o</sup>, ils devaient l'entraîner au second. Ce qu'il y avait à se demander, c'était si l'art. 471-11<sup>o</sup>, même dans son application incontestable, existait encore ou était abrogé. Or, l'art. 33-3<sup>o</sup> de la loi porte : « Si l'injure n'est pas publique, elle ne sera punie que de la peine prévue par l'art. 471, C. p. » La sanction n'est pas abrogée, on le voit, comme l'avait décidé à tort le premier juge.

ALBERT DESJARDINS.

## DE LA LOI DIFFAMARI, OU DE L'ACTION DE JACTANCE, EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS,

Par M. Ernest VALABRÈGUE, conseiller à la Cour d'appel d'Aix.

### INTRODUCTION.

1. Nous avons essayé déjà de démontrer <sup>1</sup>, en établissant leur filiation historique, le peu de fondement de quelques vieilles règles, qui, sur la foi de la tradition, ont été acceptées par notre jurisprudence et par nos codes eux-mêmes. Nous poursuivons aujourd'hui le cours de ces études; notre examen portera sur une question de procédure, sur l'action de *jactance*, dont l'origine, suivant une opinion fort accréditée, se trouve dans plusieurs textes de la législation romaine. Nous allons tâcher d'appeler l'attention du lecteur sur un sujet qui nous paraît avoir été de nos jours l'objet d'un dédain immérité, et de faire revivre une controverse, dont le dernier mot paraissait avoir été dit depuis longtemps.

<sup>1</sup> *Revue pratique* (t. XLII, p. 39 et suiv., — t. LV, p. 385 et suiv.). — *Revue critique de Lég. et de jurispr.* (nouvelle série, t. VIII, 1879, p. 519 et suiv.).

2. Tout le monde connaît la célèbre loi *Diffamari*, et l'action qui doit surtout son origine à l'interprétation de ce texte, qu'on appelle aussi, dans la pratique, action *provocatoire*, ou de *jactance*. Rappelons en deux mots l'objet et le but de cette action spéciale, d'après une doctrine, qui jusqu'ici a triomphé au palais. La personne troublée dans la paisible possession de son état, de son patrimoine, de son honneur, par des menaces de poursuites ou de simples jactances d'un tiers, qui prétendrait avoir des droits à exercer à son encontre, peut, dit-on, contraindre l'auteur de ces menaces, de ces jactances à venir établir en justice le bien fondé de ses prétentions, sous peine de se voir imposer un perpétuel silence. Cette procédure particulière est-elle réellement conforme, soit à la tradition romaine, derrière laquelle elle cherche à s'abriter, soit aux principes qui régissent notre législation française ? Tels sont les points que nous nous proposons principalement d'examiner.

3. Il y a sans doute quelque témérité à lutter contre un courant établi, à vouloir remettre en question des principes généralement reçus et presque passés à l'état d'axiômes. Notre amour pour la vérité fera excuser toutefois notre hardiesse, si elle est trop grande. En étudiant la loi *Diffamari* dans ses origines, nous n'avons pas tardé à reconnaître que la doctrine et la jurisprudence faisaient fausse route, qu'elles donnaient à des textes un sens qu'ils ne devaient pas avoir, et qu'elles heurtaient les principes fondamentaux de nos lois françaises. C'est cette conviction que nous allons essayer de faire pénétrer dans l'esprit de nos lecteurs.

On entrevoit déjà les divisions toutes naturelles de ce travail.

Nous nous demanderons d'abord si l'action de *jactance*, avec le caractère qui lui a été assigné, existait réellement dans le droit romain.

Nous examinerons ensuite si elle a été admise par notre ancien droit.

Nous aurons enfin à rechercher si elle doit être accueillie dans notre législation moderne.

## CHAPITRE PREMIER.

*Droit romain.*

4. Il y avait, dans le droit romain, un principe élémentaire en matière d'action, qu'il importe de rappeler dès le début de cette étude. Il était inscrit dans une constitution de Dioclétien, insérée au Code (lib. III, tit. VII, *Ut nemo invitus*). Ce texte portait ces simples mots : « *invitus agere vel accusare nemo cogatur.* »

Ce principe, d'après lequel l'exercice des actions et la poursuite des accusations était essentiellement libre, était dicté par la plus simple logique. En effet, les actions sont, comme les droits, dans le patrimoine de celui qui en est le bénéficiaire. C'est dans son intérêt exclusif, et non dans l'intérêt de son adversaire, qu'elles lui ont été accordées; c'est à lui de choisir le moment qui lui paraîtra favorable pour mettre en mouvement l'action qui lui appartient. Personne ne doit peser sur sa volonté, et l'amener à user d'un droit, dont l'exercice est laissé à son libre arbitre. Le bénéficiaire ou ses héritiers ont seuls la faculté d'en user ou de ne pas en user, suivant leurs inspirations; ils sont les meilleurs juges de la question d'opportunité. Le sort de plusieurs actions est même tellement subordonné à la volonté de celui qui doit en profiter, qu'elles périssent avec lui, pour ainsi dire, *morte pereunt*, et qu'elles ne sont transmises à ses héritiers activement ou passivement que s'il y a eu *litis contestatio*.

5. Du principe que nous venons de mettre en relief, découle une conséquence importante, qui différencie l'action de l'exception. L'action, étant l'exercice libre, spontané de la volonté humaine, est limitée, quant à son temps. Il n'en est pas de même de l'exception. Celle-ci n'est qu'un moyen de défense, qui ne dépend pas du pouvoir de celui qui s'en prévaut, car le moment où il sera attaqué échappe à ses prévisions; elle est donc perpétuelle de sa nature. C'est ce qu'exprime fort bien le texte suivant de Paul, relatif à l'action de dol, d'où l'on a tiré la maxime: *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

« Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam  
« exceptio eodem tempore danda est; nam hæc perpetuo com-

« petit : *cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur*<sup>1</sup>. »

6. L'action de jactance constituerait une exception des plus flagrantes à cette règle, que nul n'est tenu d'agir malgré lui; elle permettrait de contraindre celui qui s'est livré à de simples propos à prendre, contrairement à sa volonté, le rôle de demandeur, à venir établir ses droits en justice, sous peine de déchéance. Pour que nous pussions admettre une pareille exception, il faudrait qu'elle s'imposât à nous avec la force de l'évidence, qu'elle résultât de textes formels et précis.

7. Nos anciens jurisconsultes, partisans de l'action de jactance, ont senti toute la portée de cette objection. Ils ont compris combien la règle *nemo invitus* était gênante pour eux; ils ont cherché à la tourner au moyen d'arguments plus ou moins ingénieux. D'après eux, l'action de jactance ne serait pas une violation du principe qui consacre la liberté des actions. La règle *nemo invitus* n'est point, disent-ils, absolue, inflexible; on peut s'y soustraire, y renoncer expressément ou tacitement. Or, l'auteur des jactances, par cela seul qu'il s'y est livré, s'est soumis virtuellement et nécessairement à l'obligation d'agir; il est donc naturel et logique qu'il subisse jusqu'au bout la situation de demandeur qu'il s'est faite, le rôle qu'il s'est imposé.

8. Ce raisonnement nous paraît être une pure subtilité. La renonciation à une règle protectrice de nos droits ne doit pas se présumer à la légère. Comment des paroles imprudentes et jetées en l'air suffiraient-elles pour l'entraîner? Supposons que notre adversaire se fût engagé par un simple pacte, *ex nudo pacto*, à agir dans un certain délai; nous ne pourrions l'y contraindre, car un simple pacte n'engendre aucune action. Allons plus loin, et admettons, par hypothèse, qu'il se fût obligé dans la forme solennelle des stipulations. Même dans ce cas, beaucoup plus favorable, s'il ne tenait pas son engagement, nous ne pourrions obtenir contre lui qu'une condamnation à des dommages et intérêts, comme dans toutes les obligations de faire.

Des propos, dont l'importance n'a pas été mesurée le plus sou-

<sup>1</sup> L. 5, § 6, D. l. XLIV, tit. IV, *De dol. mal. et met. except.*

vent par leur auteur, auraient-ils plus de force et feraient-ils naître un lien plus sérieux qu'une stipulation intervenue avec les paroles consacrées et en pleine connaissance de cause ?

9. Après avoir établi le caractère anormal, exceptionnel de l'action de jactance, demandons-nous si elle a été consacrée par des textes formels, ainsi qu'on le prétend.

Ceux dont on se prévaut sont surtout la loi *Diffamari*, ou loi 5 (Cod., lib. VII, tit. XIV, *De ingen. manumiss.*), les lois 4 (Cod., lib. V, tit. LVI, *De usur. pupillar.*), 7 (Cod., lib. IX, tit. I, *De his qui accusare non poss.*), et 21, *in fine* (Cod., l<sup>o</sup>. IX, tit. IX, *Ad legem Juliam de adulter.*).

La loi *Diffamari* aurait posé le principe de notre action dans un cas spécial ; les autres textes auraient généralisé son application en l'étendant à d'autres hypothèses.

On ajoute <sup>1</sup> que cette action se justifie par de puissantes considérations. En effet, en matière de servitudes, l'action *négatoire* n'est-elle pas accordée au propriétaire, qui possède, vis-à-vis de celui qui prétend à un droit de servitude sur son fonds ? Si des menaces ou des jactances suffisent pour exercer cette dernière action, ne doivent-elles pas suffire à plus forte raison quand il s'agit de protéger celui dont la propriété, l'état, la considération sont mis en doute par des bruits malveillants ? Car ce sont là des biens infiniment plus précieux qu'un droit de servitude.

10. Étudions de très près tous ces textes, et voyons s'ils ont la portée qu'on leur attribue. Attachons-nous d'abord et d'une façon toute particulière à la loi *Diffamari*, sur laquelle s'appuient principalement les partisans de l'action de jactance. Voici le cas qu'elle vise.

Un ingénu, c'est-à-dire un individu né libre, voit son état mis en doute par des bruits que l'erreur ou la mauvaise foi a répandus sur son compte. Il s'adresse aux empereurs Dioclétien et Maximien ; il leur expose la procédure qu'il a suivie, et leur demande comment il pourra faire respecter son état, si l'auteur de ces bruits persiste à les propager.

Les empereurs répondent dans les termes suivants, qu'il est utile de reproduire complètement :

<sup>1</sup> Voët (lib. V, tit. I, n<sup>os</sup> 21 et suiv.).

« Diffamari statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate  
 « quorundam, periniquum est : præsertim cum affirmes diu  
 « præsidem unum atque alterum interpellatum à te vocitasse di-  
 « versam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus  
 « suis confideret, unde constat merito rectorem provinciæ com-  
 « motum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cætero  
 « inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc adversa pars perse-  
 « veret in eadem obstinatione, aditus præses provinciæ ab inju-  
 « riâ temperari præcipiet. »

Il nous est difficile de trouver dans ce texte ce qu'on veut y découvrir. On a beau en peser tous les termes ; nulle part, on n'y voit que l'ingénu, troublé dans son état, pourra contraindre celui qui a répandu des bruits erronés ou malicieux sur son compte, à établir le bien fondé de ses allégations, et que, faute de l'avoir fait dans un certain délai, il lui sera imposé un perpétuel silence. Et cependant la chose vaudrait la peine d'être dite, car elle consacrerait une innovation des plus radicales, bouleverserait complètement l'ancienne législation, elle créerait une procédure nouvelle, inconnue jusqu'alors. Si telle avait été l'intention des empereurs, ils n'auraient pas manqué de la faire connaître par un texte, qui fût à l'abri de toutes espèce d'équivoque. Ils se seraient même complus dans le développement de leur thèse, car nous savons, par plus d'un exemple, que les auteurs des nombreuses dispositions insérées dans le Digeste et dans le Code ne brillaient pas précisément par leur sobriété.

Mais nous allons plus loin. Au lieu d'inventer, au profit de la personne qui les consulte, une procédure absolument nouvelle, les empereurs se bornent à approuver la marche qui a été suivie par le plaignant. Il a régulièrement agi en faisant sommer à plusieurs reprises son adversaire de venir contredire ses prétentions, son droit à la liberté. Si celui-ci persévère, il aura contre lui l'action d'injures.

Tel est, d'après nous, le véritable sens de ce texte. Il se réfère purement et simplement au cas d'une action *préjudicielle* exercée par l'ingénu.

— Tout le monde sait quel était, en droit romain, le caractère des *præjudicia*, et quel était le but auquel ils tendaient. Celui

dont l'état était contesté par des tiers, pouvait, si bon lui semblait, attendre d'être attaqué, pour faire valoir ses droits en justice; c'était même très prudent de sa part. Mais il pouvait aussi, s'il ne voulait pas rester trop longtemps sous le coup d'imputations blessantes pour sa considération, prendre les devants et faire établir en justice son véritable état. La décision qu'il obtenait ainsi ne portait aucune condamnation; elle ne contenait qu'une constatation de son droit, dont il pouvait tirer avantage plus tard, soit pour un autre procès, soit de toute autre façon <sup>1</sup>.

Eh bien! la loi *Diffamari* suppose, par chacun de ses termes, que l'ingénu a exercé cette action préjudicielle pour faire respecter sa liberté. Elle écarte et repousse l'idée qu'il s'agirait d'une action spéciale, par laquelle il pourrait contraindre le diffamant à se constituer demandeur, à établir lui-même, sous peine de déchéance, le bien fondé de ses prétentions.

Prenons, en effet, chacun des termes de cette loi; il est nécessaire de se livrer ici à un minutieux examen.

Les empereurs parlent d'un adversaire, qui s'est dérobé, qu'on a vainement sommé à plusieurs reprises d'avoir à se présenter devant le magistrat (*vocitasse*). Pourquoi l'a-t-on fait citer? Était-ce pour qu'il vint jouer le rôle de demandeur, et prendre, à ce titre, le fardeau de la preuve? Non. C'était pour qu'il vint contredire les preuves que l'ingénu voulait donner de sa liberté, *ut contradictionem faceret*. Si c'était comme demandeur que le diffamant eût été assigné, on aurait employé les expressions: *ut ageret*. Le mot *contradictio* implique par lui-même une réponse à des preuves déjà fournies; il suppose nécessairement le rôle de défendeur.

Les termes suivants complètent la démonstration, si un doute peut rester. L'adversaire a été mis en demeure de contredire, *si defensionibus suis confideret*, s'il s'en rapportait à ses défenses. Or, à moins de croire à un bouleversement complet dans le langage juridique, le mot *defensiones* indique forcément un acte du défendeur.

La suite du texte n'est pas moins claire.

Il y est dit que le président de la province a été touché par les

<sup>1</sup> Voir Gaius, *Comment.*, lib. IV, § 44.

allégations de l'affranchi, *unde constat merito rectorem provincie commotum allegationibus tuis*. Les empereurs font allusion aux prétentions de l'ingénu et aux preuves qu'il rapportait. Si son adversaire avait été réellement demandeur, il n'aurait rien eu à prouver.

La loi continue en disant que le président a rendu une sentence, pour qu'il ne fût pas inquiété dans l'avenir, *ne de cætero sustineres inquietudinem*. Ces mots ne se rapportent pas à la formule de la sentence; ils visent uniquement l'effet qu'elle produira, l'autorité qui y sera attachée. Elle assurera à l'affranchi la légitime possession de son état. Du reste, la sentence ne devait viser, ni la personne du demandeur, ni celle du défendeur; elle était conçue *in rem*<sup>1</sup>, et se bornait à la constatation d'un droit, d'un état.

Enfin, la dernière phrase de la loi déclare que si le diffamant persévère dans ses propos, le président de la province pourra lui défendre de s'y livrer. Ce sera évidemment par l'action d'injures, d'après la loi 9, *Cod. De injuriis* (lib. IX. tit. XXXV), qui accordait formellement cette action à l'homme libre diffamé dans son état.

Nous croyons avoir suffisamment démontré que la loi *Diffamari* n'a nullement la portée qu'on lui attribue, et qu'on ne saurait, sans torturer ses termes, y voir l'origine de l'action de jactance.

11. Que si l'on n'interprétait pas ce texte, comme nous le faisons, on se trouverait au moins en présence d'une disposition exceptionnelle, qui ne devrait pas être étendue hors de l'hypothèse qu'elle a prévue, car elle puiserait sa raison d'être dans des considérations toutes spéciales. Personne n'ignore quel culte les Romains avaient pour la liberté. On concevrait jusqu'à un certain point, que, par faveur pour elle, les empereurs Dioclétien et Maximien eussent imaginé une action particulière, dont le but aurait été de la faire respecter d'une façon plus efficace.

Telle est la seule explication plausible qui pourrait être donnée à la loi *Diffamari*, si l'on y découvrait autre chose que ce que nous y avons vu nous-même. Mais cette loi serait alors, ainsi que nous l'avons prouvé déjà, une dérogation au droit commun, une

<sup>1</sup> Voir *Institut.* lib. IV, tit. VI, § 13.



exception à la règle *nemo invitus...* — Or, toute exception est de droit étroit; elle doit être rigoureusement limitée au cas prévu.

12. Voyons si d'autres textes ont consacré l'existence de l'action qui nous occupe.

On a invoqué, dans ce sens, la loi 4 du liv. V, tit. LVI du Code (*De usur. pupillar.*).

Ce texte, qui est encore de Dioclétien et de Maximien, est ainsi conçu :

« Pupillus agere vobiscum actione tutelæ compelli non potest.  
 « Verum adversus futuram calumniam, ut et si quid ei debetis,  
 « cursus inhibeat usurarum, denuntiationibus frequenter inter-  
 « positis, ad iudicium cum provocate; ac si rem dissimulatione  
 « proferat, actis apud præsidem provinciæ factis voluntatis vestræ  
 « rationem declarete : quo facto, tam vobis ipsis quam securitati  
 « filiorum vestrorum consuletis. Quod et in curatoribus locum  
 « habet. »

Cette loi signifie, dit-on, que si l'ex-tuteur d'un pupille, l'ex-curateur d'un fou ou d'un mineur de 25 ans craint d'être inquiété dans l'avenir par la réclamation d'une créance, que celui-ci pourrait formuler à son encontre, il a la faculté de le contraindre à exercer vis-à-vis de lui l'action de tutelle ou de curatelle. Si ce dernier garde le silence, l'ancien tuteur, l'ancien curateur sera pour toujours à l'abri de la demande en paiement de cette somme, en capital et intérêts.

Cette interprétation est une nouvelle erreur. La loi *Pupillus* ne prévoit nullement le cas de l'action de jactance; elle résout tout simplement une difficulté, qui s'était présentée dans les conditions suivantes :

Un tuteur pose aux empereurs Dioclétien et Maximien la question de savoir comment il pourrait se prémunir contre de futures réclamations de la part de son pupille. Il craint d'être exposé plus tard à des demandes d'intérêts accumulés, si ce dernier vient à découvrir que son tuteur est resté reliquataire vis-à-vis de lui d'une certaine somme. Celui-ci ne peut cependant ni payer ni déposer le montant de cette dette problématique, dont il ignore le *quantum* et même l'existence. Comment doit-il s'y prendre pour arrêter le cours des intérêts ?

Les empereurs répondent : il ne peut forcer son pupille à exercer contre lui l'action de tutelle. Mais il n'a qu'à le sommer de lui dire s'il a une réclamation à lui adresser ; et si celui-ci se tait, le tuteur fera connaître sa volonté, en déclarant qu'il est prêt à payer ce qu'il peut lui devoir. Il acquerra ainsi pleine sécurité, c'est-à-dire qu'il ne devra aucun intérêt ; sa situation sera la même que s'il avait payé ou consigné.

Tel est le sens naturel de ce texte, qui est complètement étranger à l'action provocatoire.

Tout d'abord, il ne s'agit pas de jactance, de propos tenus, de réclamations déjà formulées. Le tuteur cherche à se prémunir contre des prétentions qui pourraient se produire plus tard, *adversus futuram calumniam* ; ce qui est bien différent.

La loi *Pupillus* ne dit pas au surplus (il importe de le remarquer), qu'il sera défendu au pupille de réclamer le capital de ce qui lui sera dû. Il n'est question que d'arrêter le cours des intérêts ; c'est du cours des intérêts que se préoccupent uniquement ce texte et tous ceux de ce titre intitulé : *De usuris pupillaribus*.

Les *denuntiationes* que le tuteur doit faire au pupille auront pour objet, non d'éteindre une action légitime, mais de prévenir toute fraude, qui pourrait être commise à son préjudice en laissant accumuler les intérêts d'une créance par le retard apporté à l'exercice de l'action en paiement. C'est ce péril que le tuteur doit conjurer, s'il est soigneux et vigilant.

« *Denique*, dit très bien le président Favre <sup>1</sup>, *potest et debet diligens paterfamilias sibi prospicere adversus incommodum quod sibi timet ex dilata actionis institutione, sed non adversus periculum actionis ipsæ instituendæ.* »

13. Les derniers textes, dont on se prévaut en faveur de l'action de jactance, sont les lois 7 (Cod. lib. IX, tit. 1, *De his qui accus. non poss.*) et 21 *in fine* (Cod. lib. IX, tit. IX, *Ad legem Jul. de adulter.*) ; mais ces textes ne sont pas plus concluants que les précédents.

La première de ces lois impose à celui qui a pris l'initiative d'une accusation, l'obligation de la poursuivre dans un cer-

<sup>1</sup> Faber, *De error. pars secunda*, dec. LI, err. III.

tain délai, à peine de tomber sous le coup des peines dont étaient passibles les calomnieux.

Nous sommes loin ici de l'action de jactance. La loi n'oblige pas, en effet, le diffamant à agir, à déposer, malgré lui, une accusation contre un citoyen sur le compte duquel il aurait tenu certains propos; elle le contraint, il ne faut pas le perdre de vue, à *poursuivre* une accusation, dont il avait déjà pris spontanément l'initiative.

Ce texte s'explique, au surplus, par des motifs, qui tiennent à l'organisation de la procédure criminelle des Romains. Ceux-ci ne connaissaient pas l'institution d'un ministère public, chargé de la poursuite des crimes. Ils avaient suppléé à cette lacune par le droit qui était accordé, en général, à tous les citoyens, de se porter eux-mêmes accusateurs, même pour des faits qui leur étaient absolument étrangers. Toutefois, pour prévenir la légèreté des accusations, on exigea de celui qui voulait assumer ce rôle une formalité des plus sages; il devait, dans le libelle qu'il déposait entre les mains du magistrat, prendre l'engagement formel de poursuivre l'accusation jusqu'à la sentence. Dans le cas où il n'exécutait pas cette promesse, il s'exposait aux peines qui atteignaient la calomnie.

La loi 7 (Cod., *De his qui accusare non poss.*) se rattache évidemment à cet ordre d'idées.

14. Arrivons au dernier texte, à la loi *Ob commissâ* (21, *in fine*, Cod., *Ad leg. Jul. de adulter.*). Cette loi, qui est de Dioclétien et de Maximien, semble, au premier aspect, avoir plus de rapport avec l'action de jactance. Elle force le mari, qui menace sa femme d'une accusation d'adultère, à intenter cette accusation dans un délai fatal. Cette disposition se justifie par des causes très sérieuses. Elle a pour but de protéger le repos des familles et l'honneur de la femme, en ne permettant pas que celle-ci reste indéfiniment sous le coup d'une accusation, qui peut être fautive et calomnieuse.

Mais ce texte n'est nullement embarrassant.

C'est là tout d'abord une disposition exceptionnelle, qu'il faudrait bien se garder d'étendre.

Puis, il ne s'agit pas d'une action qui ressemble en rien

à l'action de jactance. En effet, la loi *Ob commissa* impose elle-même un délai au mari pour agir ; dans l'action de jactance, au contraire, la loi n'indiquerait aucun délai ; il serait fixé seulement par le magistrat.

15. Nous avons terminé l'examen des textes que l'on nous oppose. Abordons, en dernier lieu, les considérations que l'on invoque, et qui sont tirées de l'exercice de l'action négatoire, en matière de servitudes.

Il est généralement reconnu qu'en droit romain, cette action était accordée au propriétaire, qui était en possession, pour dénier un droit de servitude, dont il était simplement menacé. Dans ce cas, d'après l'opinion de quelques auteurs <sup>1</sup>, le maître du fonds n'avait qu'à établir sa propriété ; c'était à celui qui prétendait à un droit de servitude, qu'incombait la charge de la preuve.

Mais ce sont là des dispositions spéciales, qu'il ne faut pas généraliser. On les a expliquées en disant que, si on donnait l'action négatoire même au propriétaire, qui possédait, cela tenait à ce que, dans l'origine, la possession n'était pas protégée par des interdits en matière de servitudes <sup>2</sup>. On dut recourir, par conséquent, à des actions particulières pour la défendre. Plus tard, il est vrai, on vint à son secours par des interdits *utiles*. Mais les actions *confessoire* et *négatoire* n'en restèrent pas moins debout, telles qu'elles avaient été d'abord organisées.

Quant à la preuve, si, au lieu d'être mise à la charge du demandeur, qui avait l'action *négatoire*, elle incombe, suivant la doctrine de quelques jurisconsultes, à celui qui prétend à un droit de servitude, cela dépend d'un autre ordre d'idées. La liberté des héritages se présume, en principe ; c'est à celui qui veut détruire cette présomption à démontrer l'existence de son droit.

On voit donc que, malgré l'opinion de Voët, il n'y a aucun argument sérieux à tirer de ce qui se passe en matière de servitudes.

<sup>1</sup> En ce sens, Vangerow, t. 1, p. 706-712. — Etienne, Instit., t. II, p. 416. contra M. Accarias, (*Précis de droit romain*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., p. 994, texte et note 3), Keller, de Fresquet.

<sup>2</sup> Le mécanisme des interdits supposait deux prétentions absolument rivales, portant sur le même droit, qui s'excluaient réciproquement. Il ne permettait pas l'usage de l'interdit *uti possidetis* au propriétaire qui voulait défendre ses fonds contre l'exercice d'une servitude.

16. Que résulte-t-il, en somme, de la discussion à laquelle nous venons de nous livrer? C'est que rien, ni dans les principes généraux du droit romain, ni dans les textes, ne justifie l'existence de l'action *provocatoire*. Aucun ne la consacre, et cependant, à raison de son importance, du bouleversement qu'elle aurait apporté dans la procédure romaine, elle aurait été nettement affirmée, et ne se serait pas cachée dans l'obscurité de quelques phrases douteuses! Malgré tout le respect qui est dû à la tradition, nous pouvons conclure en disant que nous sommes en présence d'une opinion qui repose sur une base des plus fragiles, celle de textes incompris ou torturés, et dont un examen sérieux a vite fait justice. Elle n'en est pas moins très difficile à détruire, car elle a pour elle une très grande puissance, celle de la routine et du préjugé.

## CHAPITRE II.

### *Ancien droit.*

17. Nous venons de montrer que l'action *provocatoire* ne pouvait revendiquer l'origine romaine qu'on s'est complu à lui donner.

Arrivons à l'ancien droit. Nos parlements et nos légistes, tout en croyant s'inspirer du passé, firent une œuvre réellement nouvelle. Ils admirent cette action, et réglèrent avec le plus grand soin les conditions et les modes de son exercice. Nous allons faire passer immédiatement sous les yeux de nos lecteurs le tableau de la doctrine et de la jurisprudence qui prévalurent pendant cette période.

18. La plupart des jurisconsultes, chez nous et à l'étranger<sup>1</sup>, acceptèrent notre action comme un legs du droit romain. Parmi ses défenseurs les plus convaincus, il faut placer Voët<sup>2</sup>.

« Il ne faut pas, disait-il, traiter à la légère l'acte de celui qui  
« répand dans le public le bruit que nous sommes l'auteur ou le

<sup>1</sup> Accurse (*Ad legem diffamari*).—Bald. (*in l. unic. Cod. ut nemo invit.*—Voët (l. V, tit. I, nos 21 et suiv.). — Cujas (ad. lib. VII, tit. XIV, Cod. *De ingen. manumiss.*), 2<sup>e</sup> édit. Colombet, t. IV, p. 99.—Boyer (Decis. 255). — Duplessis (t. II, p. 535). — Julien (*Élém. de jurisprudence*, l. IV, tit. I, n<sup>o</sup> 14). — Bouvot (t. II, p. 10 et 193). — Antomne sur la *l. unic., Cod. ut nemo invit.* — Godefroy (t. II, p. 654).

<sup>2</sup> Voir Voët, *loc. citat.*

« complice d'un crime, que nous sommes débiteur d'une per-  
 « sonne ou possesseur de mauvaise foi. Cela est vrai, surtout,  
 « quand il s'agit de rapports entre négociants, dont le succès  
 « dépend en grande partie du crédit qu'ils inspirent ; l'expérience  
 « prouve combien ce crédit est atteint par des bruits de ce genre  
 « qu'on ne discute pas.

« On a l'action d'injures contre celui qui nous a faussement  
 « qualifié de débiteur, ou qui a mensongèrement annoncé qu'il  
 « allait faire vendre les biens que nous lui avons donnés en gage.  
 « (D. *De injuriis*, l. 15 § 32 et 33),

« Il va donc de soi qu'on ne peut considérer comme une in-  
 « justice de donner, par une légitime extension de la loi *Diffa-*  
 « *mari*, un secours au moyen duquel on puisse prévenir à  
 « temps l'effet de ces calomnies, et fortifier le crédit et la consi-  
 « dération ébranlés par ces jactances..... »

19. L'opinion de ces jurisconsultes rencontra pourtant d'émi-  
 nents contradicteurs. Dans quelques pages, aussi remarquables  
 par la vigueur de leur dialectique que par leur sens profondé-  
 ment judicieux, le président Favre <sup>1</sup> réfuta victorieusement les  
 arguments dont se prévalaient les légistes qui voulaient puiser  
 dans le droit romain le principe de l'action de jactance.

Dupérier <sup>2</sup> et Bretonnier <sup>3</sup> se firent les échos de sa doctrine.

Le premier combattit avec énergie l'interprétation erronée  
 qu'on voulait donner, dans notre droit provençal, à la loi  
*Diffamari*.

Il s'attacha à démontrer que, même en admettant que ce texte  
 dût avoir le sens qu'on lui attribuait, il n'était plus applicable, du  
 moins, à l'époque où il écrivait, parce qu'il visait l'hypothèse  
 d'un affranchi, dont l'état était mis en doute <sup>4</sup>.

«..... Cette loi étant restreinte, dit-il, au cas de la servitude,  
 « elle ne peut être d'aucun usage parmi nous, qui sommes chré-

<sup>1</sup> Voir Faber, *Conject.* (lib. 19, cap. 20) et surtout *De error. pragmatic.*,  
 déc. 51, cap. 10, *error.* I, II et III.

<sup>2</sup> Dupérier, t. III, lib. V, Dissertation II, t. III, p. 510 et suiv.

<sup>3</sup> Bretonnier sur Henrys, t. II, p. 815, éd. de 1738.

<sup>4</sup> Dupérier commet ici une erreur. La loi *Diffamari* vise le cas d'un in-  
 génu, qui est *diffamé* dans son état; il n'y est nullement question d'un  
 affranchi. Elle débute par ces mots : *Diffamari statum ingenuorum...*

« tiens, puisque la servitude est abolie, dans le christianisme, « ainsi que le remarque Barthole sur la loi *hostes; De captivis et postlimumio reversis*; et particulièrement en France, nous « ne la connaissons pas. Faire usage de cette loi *Diffamari* pour « toute sorte de jactances, c'est subtiliser sur la loi, et faire d'une « règle particulière une règle générale. »

Plus loin, il proteste contre l'idée qu'on a eue d'étendre aux procès criminels la célèbre loi du Code.

« Il est véritablement étrange, ajoute-t-il, que l'usage ait « étendu la disposition de cette loi *Diffamari*, non seulement « aux procès civils, mais encore aux procès criminels, contre le « droit naturel, les préceptes de l'Évangile et le droit civil. En « effet, n'est-il pas éloigné du sentiment de la nature, de ne « vouloir pas pardonner, et rechercher la perte de ceux qui « nous ont offensé? La vengeance n'est pas licite. Je sais bien « que la nature enseigne à l'homme et à tous les animaux de « repousser la violence par la violence; mais cela s'entend, dans « l'instant même; et encore faut-il, autant que possible, user de « modération. Mais ce n'est plus repousser le mal, quand il a « été reçu; c'est faire soi-même une violence. C'est aussi violer « les préceptes de l'Évangile : *si peccaverit in te frater tuus*, etc., « mais surtout les maximes du droit civil condamnent cet usage. « Nous en avons une décision expresse : *memo invitus agere vel « accusare potest.....* »

20. Les efforts tentés par quelques jurisconsultes furent toutefois inutiles. Les partisans de l'action provocatoire triomphèrent dans l'ancien droit.

Cujas <sup>1</sup> nous apprend que l'usage de cette action était général en France ainsi qu'en Allemagne, et que, chez nous, on lisait, près des portes des tabellions, la formule des lettres qu'on avait l'habitude de donner à ceux qui voulaient recourir à la loi *Diffamari*.

D'après le témoignage de Boyer <sup>2</sup>, cette loi fut appliquée dans le Lyonnais.

Automne <sup>3</sup> n'est pas moins formel en ce qui concerne le Parlement de Bordeaux. Il cite, dans ce sens, un arrêt de 1664, rendu dans une affaire de Guilleragues.

<sup>1,2</sup> et <sup>3</sup> *Loc. citat.*

Bouvot <sup>1</sup> rapporte trois arrêts du Parlement de Dijon, qui ont consacré la même loi.

Bretonnier sur Henrys <sup>2</sup> fait observer que la pratique en est générale dans le Dauphiné.

Enfin, Julien <sup>3</sup> se livre à une constatation semblable pour le Parlement de Provence.

21. L'action de jactance avait une portée très-étendue. Elle était accordée contre tous ceux qui se vantaient d'avoir à l'égard d'un autre individu une action civile, qu'elle fût personnelle, ou réelle, ou qui le menaçaient d'une accusation criminelle. On pouvait l'intenter d'après Voët, contre tous ceux « *qui iniquis sermonum jactationibus existimationem alterius minutum aut elevatum eunt, quasi is aut crimem perpetrasset, aut debitor esset iniquusve rei alienæ possessor.* »

22. Cette extension de la loi *Diffamari* fut consacrée par les Chartres générales de Hainaut, et l'on trouve au chapitre 41 la disposition suivante :

« Tous manants du pays de Hainaut, étant menacés par aucuns particuliers, faisant courir le bruit de les poursuivre, pour quelque action que ce soit, réelle ou personnelle, pourront faire plainte en la Cour, pour là, en droit, être poursuivis et bailler terme à partie de faire la poursuite, à peine de privation, sauf pour matières de crimes, dont justice viendrait se mêler, auquel on ne sera reçu à faire cette plainte. »

23. Pour être admis à invoquer le bénéfice de la loi *Diffamari*, il fallait, au préalable, établir la jactance, les propos que l'on imputait à son adversaire. Si celui-ci niait ces propos et que la preuve n'en fût pas rapportée, on ne pouvait lui imposer la nécessité d'agir dans un certain délai, sous peine d'un perpétuel silence. Celui qui n'avait commis aucune intempérance de langage conservait la faculté qu'il tenait du droit commun, d'intenter son action quand bon lui semblerait.

24. La preuve de la jactance à laquelle était subordonné l'exercice de notre action était parfois bien difficile à administrer. Le diffamé était donc exposé à échouer dès les premiers pas,

<sup>1,2</sup> et <sup>3</sup> *loc. citat.*

<sup>4</sup> *De error. pragmat. loc. citat., error I.*



dès le début de la procédure. Plusieurs jurisconsultes, dont le président Favre cite les noms, furent frappés de ces inconvénients; ils imaginèrent un moyen plus ingénieux que loyal de lui venir en aide. L'action de la loi *Diffamari* étant, à leurs yeux, conforme aux inspirations de la plus stricte équité, il fallait, à tout prix, en étendre l'usage et recourir, au besoin, à la ruse, en se faisant diffamer par des personnes complaisantes. La victime supposée de ces jactances pouvait ainsi les prouver aisément et exercer l'action provocatoire contre ceux qu'elle soupçonnait d'élever des prétentions à son égard.

Cette opinion toutefois paraît n'avoir eu aucun succès dans l'ancien droit.

25. Suivons maintenant le cours de la procédure. Què se passait-il, quand la preuve de la jactance avait été rapportée?

Il faut examiner séparément deux hypothèses. Le diffamant comparaisait devant le tribunal, ou il faisait défaut.

26. Si le diffamant comparaisait, il pouvait ou reconnaître qu'il n'avait aucune action à exercer contre son adversaire, ou persister dans ses prétentions.

Dans le premier cas, il n'y avait pas place au moindre doute. L'aveu du diffamant simplifiait la procédure, la sentence du juge lui en donnait acte et lui imposait, par suite, un perpétuel silence. Il était déchu à jamais du droit de faire valoir les prétentions dont il s'était targué.

Que si, au contraire, le diffamant persistait dans ses allégations, il devait faire alors la preuve de leur bien fondé. Tout dépendait de l'issue de cette nouvelle phase de la procédure. Le diffamant parvenait-il à faire la démonstration de son droit : il obtenait une décision qui le consacrait pour toujours. Echouait-il dans cette preuve : dans ce cas, le juge lui imposait un perpétuel silence; il ne pouvait plus, dans l'avenir, renouveler l'instance, dont l'issue lui avait été fatale.

27. Supposons à présent que le diffamant a fait défaut et n'a pas répondu à l'assignation qui lui a été donnée. Comment et à quelles conditions la sentence qui va le frapper deviendra-t-elle à son égard définitive, irrévocable ?

Cette question avait préoccupé les anciens jurisconsultes. Ils

s'étaient demandé combien il fallait de citations pour que la sentence produisît cet effet. Sur ce point, les avis étaient partagés.

On s'accordait à dire qu'une citation ne suffisait pas. Parmi les jurisconsultes étrangers, les uns exigeaient deux citations, d'autres en voulaient trois et même quatre. D'après Boyer <sup>1</sup>, c'était ce dernier chiffre qui prévalait en France.

28. Quel était le tribunal compétent pour connaître de l'action? Était-ce le tribunal du domicile du diffamé, ou celui du domicile du diffamant? Cette question avait également divisé les anciens juristes.

29. D'après quelques-uns d'entre eux, l'action devait être portée devant les juges du diffamé. Cette opinion était fondée sur ce motif; qu'en se livrant aux propos qui avaient amené l'instance, l'adversaire de celui-ci s'était, en réalité, constitué demandeur; que, par suite, en vertu de la maxime *actor sequitur forum rei*, c'étaient les juges du diffamé, défendeur à l'action, qui devaient être saisis.

30. Mais ce sentiment n'était pas généralement admis.

On faisait observer, avec beaucoup de justesse, qu'il était impossible de considérer le diffamant comme demandeur, par le fait seul des propos qu'il avait tenus <sup>2</sup>. On ajoutait que l'action de la loi *Diffamari* faisait naître deux instances distinctes et séparées, qui devaient être portées devant des juges différents, dans le cas où les deux parties n'avaient pas le même domicile. La première, intentée par le diffamé, tendait uniquement à prouver les jactances qu'il reprochait à son adversaire, et à mettre celui-ci en demeure d'exercer les droits qu'il prétendait avoir. La seconde avait un but tout autre; elle était formée par le diffamant et avait pour objet d'établir le bien fondé de ses prétentions. Dans le premier procès, le diffamé était demandeur, il devait saisir de son action les juges naturels de son adversaire, ceux du domicile de ce dernier. Dans le second procès, les rôles étaient intervertis. Le diffamant devenait, à son tour, demandeur; il devait aller devant le tribunal du diffamé, c'est-à-dire devant la juridiction qui aurait été compétente, s'il n'y avait pas eu de jactance <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Loc. citat.*, n° 11. — Voir aussi Faber, *loc. citat.*, *error.* I.

<sup>2,3</sup> Voir en ce sens, Voët, *loc. citat.*, n° 23. — Merlin. *Rép.*, v° *Diffamari*.

Les Chartes générales du Hainaut dérogeaient toutefois à cette règle. Elles attribuaient (ch. 41) au conseil supérieur de Mons la connaissance de l'action diffamatoire et de la cause principale qui en était l'objet.

31. La loi *Diffamari* avait donné lieu à d'autres controverses. On s'était demandé notamment si l'héritier fidéicommissaire pouvait, du vivant du fiduciaire, qui se vantait de n'être chargé d'aucune substitution, agir contre lui pour faire déclarer qu'il était grevé à son profit d'un fidéicommis.

La négative avait été adoptée par la plupart des jurisconsultes. Voici quels étaient les motifs sur lesquels était basée leur opinion :

Il n'était pas nécessaire, disaient-ils, pour agir, d'avoir des droits actuellement ouverts. Mais il fallait cependant avoir, au moins, des droits sur le futur exercice desquels on pût compter avec certitude. Or, rien n'était plus douteux, plus problématique que les droits du fidéicommissaire. Il n'avait qu'une espérance, puisque, s'il décédait avant le fiduciaire, il ne recueillait rien et ne transmettait aucun droit à ses héritiers <sup>1</sup>.

32. On s'était posé aussi la question inverse de savoir si, avant l'échéance du fidéicommis, l'héritier fiduciaire pouvait faire décider qu'il n'était grevé d'aucune substitution à l'égard d'une personne qui se vantait d'être appelée à recueillir le fidéicommis.

D'après Julien <sup>2</sup>, la loi *Diffamari* n'était pas applicable dans cette hypothèse. Toute discussion sur le fidéicommis était prématurée, tant que l'événement, qui devait donner ouverture au droit du bénéficiaire, ne s'était pas produit.

Mais l'affirmative fut soutenue par Merlin; elle fut même consacrée par un arrêt du parlement de Flandre du 9 juillet 1756, que rapporte ce jurisconsulte.

L'héritier fiduciaire était, disait-on, dans une situation bien différente de celle de l'héritier fidéicommissaire. Il avait un intérêt évident à s'assurer que sa propriété n'était soumise à aucune condition résolutoire, qu'elle était incommutable et devait toujours reposer sur sa tête.

<sup>1</sup> Merlin, *loc. citat.*

<sup>2</sup> Statuts de Provence, titre *Des substitutions*, sect. II, *Substitution fidéicommissaire*, n° 47, p. 401.

33. Il nous reste un dernier point à examiner : celui de savoir si la diffamant avait le droit de se faire restituer plus tard, *causa cognita*, contre le jugement qui, faite par lui d'avoir agi dans un certain délai, lui imposait un perpétuel silence. Il est possible, en effet, qu'il retrouve plus tard les titres sur lesquels était fondée sa prétention, dont la disparition avait entraîné son échec, les témoins, dont les déclarations lui étaient favorables, ou qu'absent, il ait été hors d'état de fournir une défense contradictoire, laquelle aurait pu seule éclairer les magistrats? Restera-t-il toujours sous le coup du jugement qui l'a frappé? N'aura-t-il pas la faculté de se faire relever des déchéances qu'il avait encourues?

Voët <sup>1</sup> pensait que la *restitutio in integrum* pouvait être accordée au diffamant, qui se trouvait dans ces conditions, parce que, à l'époque où il écrivait, les mœurs étaient plus favorables que ne l'était le droit romain à l'extension de cette faveur. Il ajoute qu'en Hollande, la pratique avait consacré son opinion. Elle était partagée par quelques jurisconsultes allemands.

Mais ce sentiment n'avait pas prévalu en France <sup>2</sup>.

D'après Merlin <sup>3</sup>, il n'était pas même fondé dans les Pays-Bas et en Allemagne. Il fait remarquer que, dans ces contrées, les restitutions n'étaient accordées que dans le cas où les jugements par défaut n'entraînaient pas une condamnation définitive. Dans le cas contraire, la restitution ne pouvait être obtenue que pour les causes qui donnaient lieu à la requête civile.

### CHAPITRE III.

#### *Droit moderne.*

34. Nos Codes sont absolument muets relativement à l'action provocatoire. Doit-elle être aujourd'hui accueillie ou rejetée, en l'état de silence de la loi? Telle est la question que nous avons à nous poser; c'est sa solution qui est l'objet principal de cette étude.

<sup>1</sup> *Loc. citat.*, n° 24 et lib. IV, tit. VI, n° 9.

<sup>2</sup> Boyer, *loc. citat.*, n° 12.

<sup>3</sup> *Loc. citat.*, *in fine*.

La plupart de nos commentateurs <sup>1</sup> estiment que l'action admise par nos vieux juristes, est encore debout, et que le silence de nos lois ne saurait être considéré comme une abrogation de cette ancienne procédure.

35. Voici quels sont les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de cette thèse :

L'action provocatoire a pour elle l'autorité incontestée de la tradition. Son principe se trouve dans la célèbre loi *Diffamari*; plusieurs autres textes avaient généralisé son application.

L'ancien droit suivit, sur ce point, les errements du droit romain. Malgré quelques protestations isolées, nos vieux jurisconsultes enseignèrent que cette action était recevable, et nos parlements la consacrèrent par de nombreux arrêts.

On est donc en présence d'une tradition des plus imposantes. On ne doit pas supposer que notre législateur ait voulu rompre avec le passé, sans en avoir des preuves certaines. S'il avait eu l'intention d'innover, il n'aurait pas manqué de s'expliquer à cet égard, et l'on ne trouve rien de pareil, ni dans nos lois, ni dans les travaux qui les ont préparées. Le silence de nos codes ne saurait impliquer l'abandon d'une loi qui depuis de longs siècles, était entrée dans nos mœurs, et dont une pratique des plus constantes avait fait l'application.

36. La recevabilité de l'action provocatoire ne devrait être repoussée que si elle était absolument inconciliable avec les principes fondamentaux de notre législation. Or, où voit-on la moindre incompatibilité? Bien plus, si le droit romain, dont la procédure était empreinte d'un formalisme si rigoureux, autorisait l'exercice d'une pareille action, pourquoi notre droit français se montrerait-il plus sévère? Nous n'avons pas chez nous ces règles minutieuses sur le nombre, l'objet et la nature des actions qui

<sup>1</sup> Voir en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° *Diffamari*. — Dalloz, *Rép.*, v° *action*, n° 214. — Demolombe, *Mariage et sép. de corps*, t. II, n°s 346 et 347. — Aubry et Rau, t. VIII, p. 120. — Poncet, *Traité des actions*, p. 38 et 207. — Chauveau, *Journal des avoués*, 1849, art. 642, p. 117 et suiv. — Devilleeneuve (Sir., 50. 2. 1. à la note). — Garsonnet, *Cours de procédure*, 2<sup>e</sup> partie, p. 475, texte et note 23. — Ancelot, *Revue de législation*, 1852, p. 388 et suiv.

devaient être ponctuellement suivies et observées à Rome. Au lieu d'être enchaîné par des liens gênants, le juge jouit, dans notre droit, d'une très grande latitude. Sa conscience et sa raison ne connaissent pas ces limites étroites, ces formules surannées, dont le gain d'un procès dépendait autrefois. Pour savoir si une action est recevable ou ne l'est pas, il n'a qu'à se demander si elle est justifiée par un intérêt sérieux et actuel. Il n'est pas même nécessaire que cet intérêt soit lésé dans le présent, il suffit qu'il puisse être compromis dans l'avenir. C'est une règle de droit naturel, qui doit conserver son empire, à moins qu'on n'apporte la preuve d'une exception formelle, et cette exception, on ne la trouve écrite nulle part.

L'intérêt de celui qui est en butte à des menaces de poursuite, à des jactances, est-il un seul instant contestable? Voilà une personne dont l'état, la fortune, la considération sont tous les jours attaqués par des bruits perfides, que leur auteur répand dans le public. Ces rumeurs vagues, ces bruits, elle ne peut les discuter, en faire justice, et cependant ils ne cessent de battre en brèche sa situation matérielle et morale; ils troublent son repos et celui des siens. Ils peuvent amener la ruine d'un négociant, qui ne vit que de crédit, et jeter la honte sur des personnes irréprochables. N'est-il pas souverainement équitable de permettre à celui qui souffre de ces rumeurs, de ces bruits, d'obtenir que son adversaire produise au grand jour, devant les tribunaux, la preuve de ses allégations, afin qu'il ait sécurité pour lui et pour sa famille? Ce qui lui importe avant tout, c'est de ne pas être perpétuellement sous le coup d'un procès. Il a peut-être des preuves décisives qui confondraient son adversaire, des témoins qui seraient pour ses droits un puissant appui. Ces titres, sur lesquels il compte, peuvent s'égarer, ces témoins peuvent disparaître. Il peut aussi mourir, laissant des héritiers mineurs ou inexpérimentés, qui ignoreront les armes qui sont à sa disposition, ou qui ne sauront s'en servir.

Sa situation est digne de toute espèce de faveur. Quel intérêt mérite, au contraire, son adversaire? Ira-t-il invoquer cette règle imaginaire, que nul n'est tenu d'agir malgré lui? Mais, en

admettant que cette règle existe encore, n'est-ce pas sa faute si, par ses jactances inconsidérées, il s'est mis dans la nécessité d'agir? Il doit subir les conséquences de la situation qu'il s'est faite, réparer le mal qu'il a causé. La seule réparation possible, c'est le débat contradictoire, public, d'où sortira une décision, qui mettra fin à l'incertitude, aux perplexités de sa victime.

37. Les principes de notre droit ne s'opposent nullement à la recevabilité d'une pareille action.

*L'imminence d'une prétention judiciaire suffit, dit M. Ancelot<sup>1</sup>, pour légitimer l'initiative de la partie menacée.*

Notre jurisprudence a fait, ajoute-t-on, l'application de ces principes dans plusieurs hypothèses, notamment en matière de désaveu. Ainsi, supposons le cas où une femme mariée a mis au monde un enfant issu de relations adultérines, qui est inscrit à l'état civil comme né d'une autre femme. La véritable mère a constamment répudié sa maternité. L'enfant n'a donc ni titre, ni possession d'état, pour établir sa qualité d'enfant légitime. Toutefois il pourrait peut-être un jour établir sa filiation maternelle, et arriver ainsi indirectement à bénéficier de la présomption de paternité que le Code fait peser sur le mari de sa mère. Cependant celui-ci veut échapper au danger dont il est menacé par suite d'une action en réclamation d'état. Il a entre ses mains des preuves irréfragables de l'origine adultérine de l'enfant; ces preuves, il est exposé à les voir disparaître, si, pour en faire usage, il est obligé d'attendre qu'il ait été attaqué par ce dernier.

Dans ces conditions, il peut, d'après l'opinion la plus répandue, prendre lui-même l'offensive, et intenter contre l'enfant l'action en désaveu, ou plutôt, en contestation d'état, parce que, dit très justement la Cour de cassation, *« le fait matériel de l'accouchement de la femme mariée établit par lui-même, au profit de l'enfant, et indépendamment de l'acte de naissance et de la possession d'état, un droit certain et imprescriptible de réclamer, en vertu de la présomption établie par l'art. 312 du Code civil, l'état d'enfant né du mariage, et que de ce même droit résulte au même moment, à l'égard du mari et de sa famille, une menace toujours subsistante, constituant un in-*

<sup>1</sup> *Loc. citat.*, p. 389.

« *térêt actuel suffisant pour justifier l'action en désaveu* <sup>1</sup>. . . »

38. L'action négatoire, en matière de servitude, offre un exemple qui se rapproche beaucoup plus de l'action provocatoire. La simple prétention élevée par un tiers à un droit de servitude permet au propriétaire du fonds, sur lequel on veut l'exercer, de citer ce dernier, et de le mettre en demeure de justifier de son droit. Voilà une analogie frappante, ainsi que le faisait remarquer Voët; il y n'a aucune raison pour ne pas généraliser l'application du même principe, et pour refuser de l'étendre à tout individu troublé par de simples jactances.

39. On invoque également le cas où on peut forcer un tiers à intervenir dans un procès. En effet, l'intervention n'est pas toujours purement volontaire. On peut parfois obliger une personne à se rendre partie dans une instance pendante, quand, à raison de l'intérêt qu'elle a au jugement de la cause principale, elle a la faculté de former tierce-opposition à la décision qui va être rendue. Pour éviter cet inconvénient, on l'assigne alors *en déclaration de jugement commun*, afin de faire prononcer contre elle les mêmes condamnations que l'on poursuit contre une autre partie <sup>2</sup>.

En résumé, ajoute-t-on, l'action provocatoire se présente à nous avec la triple autorité de la tradition, de l'équité et des principes de notre droit. Tout s'unit pour démontrer qu'elle existe encore aujourd'hui, et qu'elle a pris dans notre procédure française la place qui lui appartient à tant de titres.

40. Quelques dissidences se sont toutefois produites parmi les partisans de l'action de jactance. Nous allons immédiatement les faire connaître.

<sup>1</sup> *Stc*, Paris, 6 janvier 1849 (S. 49. 2. 657). — Req. rej., 4 février 1851 (S. 51. 1. 208). — Paris, 4 juillet 1853 (S. 53. 2. 372). — Req. rej., 14 février 1854 (S. 54. 1. 225).

<sup>2</sup> Voir Merlin, *Rép.*, v<sup>o</sup> *Intervention*. — Carré et Chauveau, *Droit civ. et comm.*, tit. III, question 1271, p. 208 et 209. Cette procédure est employée dans le cas suivant : Un immeuble est possédé par plusieurs individus. Il est revendiqué par une autre personne. Le demandeur n'a formé son action que contre l'un des possesseurs. Si le jugement était rendu, en l'absence des autres, ceux-ci pourraient former tierce-opposition à un jugement qui préjudicierait à leurs droits. Pour prévenir cette éventualité, on les assignera en déclaration de jugement commun.



Tout en admettant le principe de cette action, M. Dalloz <sup>1</sup> y apporte cette restriction, que le défendeur ne saurait être tenu, sous peine de forclusion, de fournir dans un délai déterminé la preuve de ses prétentions. Le droit d'établir de pareilles déchéances n'appartient, qu'à la loi ; or, celle-là n'est écrite nulle part.

« Il est évident, dit-il en examinant l'hypothèse d'une per-  
« sonne troublée dans la possession d'un immeuble par des  
« menaces de poursuite ou de jactance, qu'une foule de cir-  
« constances, telles que la non-possession actuelle d'un acte sous  
« seing privé, et l'impossibilité de faire l'avance des droits fis-  
« caux, peuvent commander au propriétaire de cet acte une inac-  
« tion plus ou moins longûe, dont on ne pourrait équitablement  
« se prévaloir pour frapper son droit de nullité. »

41. Chauveau n'admet, lui aussi, l'action *ad futurum* qu'avec certains tempéraments. Voici quelle est sa théorie, qu'il est utile d'exposer :

*Il y a action, dit-il <sup>2</sup>, pour chaque individu, toutes les fois qu'il éprouve un empêchement illégal dans la jouissance ou dans l'exercice de ses droits privés.*

Partant de cette définition, Chauveau en tire cette conséquence, que l'action *ad futurum* n'est recevable que moyennant trois conditions :

1<sup>o</sup> La certitude des prétentions de l'adversaire doit être absolument acquise ;

2<sup>o</sup> Celui-ci ne doit puiser dans aucune loi la faculté de réfléchir, pendant un délai déterminé, sur les moyens de faire valoir ses droits ;

3<sup>o</sup> Il faut enfin que l'incertitude des temps, des événements soit de nature à compromettre les moyens de défense de celui qui veut obtenir cette espèce de déclaration judiciaire.

1<sup>o</sup> La certitude des prétentions de l'adversaire doit être acquise. Chauveau hésite sur le point de savoir si de simples conversations suffiraient pour légitimer l'action. D'après lui, la

<sup>1</sup> *Loc. citat.*

<sup>2</sup> *Lois de la procédure civile* (Introduction, p. XXIX, n<sup>o</sup> 665).

jactance doit être publique ; il serait même préférable qu'elle fût prouvée par écrit, ce qui se présente notamment dans le cas suivant : Une personne est assignée par un tiers devant un juge qui n'est pas le sien. Elle fait valoir l'exception d'incompétence, qui est accueillie par le tribunal indûment saisi de l'action. Elle pourra, sans attendre le bon plaisir de son adversaire, le forcer à porter devant les juges compétents l'instance qu'il a mal engagée.

2° Le défendeur ne doit pas être placé dans une exception légale, qui lui accorde un délai pour réfléchir sur sa demande.

Ainsi, l'héritier a dix ans pour intenter l'action en rescision de partage (art. 881 et 1304, C. civ.). Dans le cas où l'un des cohéritiers se plaindra d'avoir été lésé, ses cohéritiers ne pourront l'obliger à abandonner ses droits, ou à exercer immédiatement son action en nullité. S'il y a eu violence, l'héritier coupable ne pourra obliger son cohéritier lésé, dont il comprend fort bien l'animosité, à agir le lendemain du jour où la violence aura cessé.

3° Chauveau exige, en troisième lieu, un intérêt né et actuel provenant de l'incertitude des temps, des événements.

Ainsi, celui qui a obtenu une quittance authentique constatant sa libération, sera non-recevable à exercer l'action contre celui qui se prétendra encore son créancier de la même somme.

Il est sans intérêt à agir, car il n'a qu'à attendre, de pied ferme, que ce dernier l'attaque, et sa situation ne peut souffrir du retard que celui-ci apportera dans sa poursuite.

Mais il faut, d'après Chauveau, accorder l'action *ad futurum* à une personne si une autre se vantait d'avoir entre les mains des billets portant sa signature ou d'avoir obtenu d'elle un testament en sa faveur. Dans la première hypothèse, on doit écouter celui qui veut établir qu'il n'est plus débiteur. Dans la seconde, le prétendu testateur a incontestablement le droit d'agir et de demander qu'on lui rende un acte qui, jusqu'à sa mort, ne peut être considéré que comme un dépôt <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Contra* : Sur le premier point, jugement du tribunal de Castelsarrazin du 11 janvier 1852 (Saubat c. Duhalé), et sur le second, jugement du tribunal

**42.** Passons de la doctrine à la jurisprudence.

Plusieurs arrêts de cours d'appel ont consacré, dans différentes hypothèses, le principe de l'action de jactance <sup>1</sup>.

Un arrêt de la Cour de Nîmes du 5 juin 1835 <sup>2</sup>, adoptant toutefois un système mixte auquel M. Dalloz a donné son adhésion, a décidé que les juges peuvent défendre à l'auteur de la jactance d'arguer de son prétendu droit, mais qu'à raison du seul défaut de production actuelle de ses titres, ils ne peuvent le déclarer déchu, pour l'avenir, du droit qu'il se vantait d'avoir.

**43.** Quant à la Cour de cassation, nous avons d'elle tout d'abord un arrêt de la Chambre des requêtes, en date du 29 mai 1866 <sup>3</sup>, rendu sous la présidence de M. Bonjean (commune des Barraux et autres c. Camand).

Voici quels étaient les faits de l'espèce qui était soumise à la Cour suprême :

En 1827, le sieur Camand avait dirigé une action contre sept communes, parmi lesquelles celle des Barraux. Il alléguait qu'il était en possession, à titre de propriétaire, d'une montagne. Ces communes s'étant *jactées* d'avoir sur cette montagne des droits d'usage exclusifs de son droit de propriété, il les assigna pour voir dire qu'elles seraient tenues de justifier de leurs droits d'usage, et que, faute par elles de le faire, silence perpétuel leur serait imposé. Ainsi qu'il y était autorisé par les anciennes constitutions sardes, il obtint qu'il leur fût fait défenses et inhi-

de Toulouse du 14 août 1844 (Dubouchet c. Gleyzes), cités en note par Chauveau.

<sup>1</sup> Aix, 12 juillet 1813 (P. 1813, p. 546. — S. 1814. 2, p. 234 et D. A., v° *Obligation*, n° 40019). — Grenoble, 15 février 1816 (P. t. XIII, p. 203. — Devill. et Carr., coll. mouv. V, 2, 105). — Bordeaux, 15 février 1851 (P. 51, 2<sup>e</sup> partie, p. 162. — S. 51. 2. 288, et D. p. 51. 2. 193. — Caen, 4 août 1851, P. 52. 2. 567. — S. 52. 2. 216). — Angers, 3 juillet 1868 (D. 68, p. 1219. — D. P. 68. 2. 154). — Toulouse, 31 janvier 1881 (*Gazette des trib. du Midi* du 20 août 1881). — Voir aussi trib. de Brignoles, 3 août 1036 Sir. Coll. nouv., 50. 2. 1). — Trib. de Marseille, 21 fév. 1877 (*Bulletin judiciaire d'Aix*, 1878, p. 108). Contra : Aix, 27 avril 1887 (1<sup>re</sup> ch.) Roux contre Milhaud, arrêt inédit.

<sup>2</sup> S. 36. 2. 252. — P. t. XXVII, p. 285.

<sup>3</sup> P. 66, p. 907. — S. 66. 1. 338.

bition de le troubler dans sa possession. Le tribunal de première instance accueillit les conclusions du sieur Camand.

Les communes ne demandèrent pas, ainsi qu'elles auraient pu le faire, la révocation des défenses dont nous venons de parler. Elles entreprirent même de faire la preuve mise à leur charge par le jugement.

Sur l'appel, elles soutinrent, pour la première fois, que les jactances qu'on leur reprochait n'étaient nullement démontrées, et que, par suite, c'était à tort qu'elles avaient été obligées d'établir leurs droits d'usage.

La Cour de Chambéry par arrêt du 3 juin 1864 rejeta leur prétention, et confirma le jugement du tribunal.

Sur le pourvoi dirigé contre cette décision, la Cour suprême a statué dans les termes suivants :

.....

« Attendu que l'action dite de *jactance*, qui avait pour objet  
 « de contraindre celui qui, par des prétentions annoncées, com-  
 « promettait l'honneur, le crédit et la sécurité d'autrui, à les  
 « déduire immédiatement en justice, sous peine de se voir  
 « imposer un silence perpétuel, était généralement admise dans  
 « le pays où le droit romain était suivi, et qu'on doit regarder  
 « comme d'autant plus certain qu'avant l'introduction du droit  
 « nouveau, elle était reçue en Savoie dans la pratique, que les  
 « sept communes assignées sous la formule, qui appartenait  
 « exclusivement à cette action, n'en ont contesté, devant le juge  
 « du fond, ni la condition, ni ses effets.

« Attendu que cette action ne constituait pas seulement une  
 « forme spéciale de procédure, qu'elle reposait sur un droit que  
 « consacrait, en 1827, la législation en vigueur dans la Savoie  
 « et qui doit, dès lors être considéré comme acquis du moment où  
 « il a été exercé; qu'on ne pourrait, par conséquent, le réputer  
 « aboli au préjudice de Camand, soit par le Code civil sarde de  
 « 1837, soit par l'application à la Savoie des lois françaises, sans  
 « donner à ce Code et à ces lois un effet rétroactif, que leurs  
 « dispositions ne comportent pas;

« Attendu que de la nature et même de la teneur de l'action,  
 « qui vient d'être définie, il résulte clairement que, si celui qui

« l'intente reste demandeur, tant qu'il ne s'agit que d'établir le  
 « fait du trouble apporté par les jactances, il devient, au con-  
 « traire, défendeur lorsque celui auquel elles sont imputées  
 « insiste sur le droit qu'il s'est vanté d'avoir, le met en exercice  
 « et se prétend en mesure d'en justifier; qu'il serait essentielle-  
 « ment contradictoire que l'action, qui a eu pour but d'obliger  
 « ce dernier à faire une preuve, eût pour résultat de l'en dis-  
 « penser; qu'aussi les sept communes avaient elles-mêmes  
 « acceptés en première instance la qualité de demanderesses, et  
 « qu'elles ne l'ont déclinée en appel qu'en soutenant, contre l'é-  
 « vidence, que les jactances avaient été niées et qu'elles n'étaient  
 « pas prouvées..... »

Ainsi qu'on l'aura déjà remarqué, la Cour de cassation, par l'arrêt que nous venons de citer, ne tranche la question de l'existence de l'action *ad futurum* que relativement au droit savoisien, sous l'empire duquel avait été introduite l'instance; il réserve expressément la question de savoir quelle solution eût dû être donnée à la difficulté, si on avait été régi, ou par le Code civil de 1837, ou par les lois françaises. Il importe aussi d'observer que les communes avaient accepté volontairement devant le tribunal le rôle de demanderesses, auquel elles cherchaient vainement à échapper en appel, et qu'elles avaient essayé d'apporter la preuve mise à leur charge. Ce fait avait pu exercer une légitime influence sur les décisions rendues.

44. La Chambre des requêtes a été appelée de nouveau, il y a quelques années, à se prononcer sur notre question, dans les circonstances suivantes, qu'il est utile de rappeler.

En 1822, le s<sup>r</sup> de Redern manifesta la prétention, comme ayant-cause du dernier seigneur de Simiane, d'opérer des coupes dans les parties boisées de certaines parcelles de terrain situées sur le territoire de la commune de Simiane, et appartenant à des habitants de cette localité, représentés par les s<sup>rs</sup> Carretier et consorts. Ceux-ci assignèrent le s<sup>r</sup> de Redern devant le tribunal de Forcalquier, pour voir dire qu'il n'avait aucun droit de propriété ou d'usage sur les bois litigieux.

Après une longue instruction, le tribunal rendit, le 10 décembre 1868, un jugement qui reconnaissait à la fois le droit de

propriété du sol des parties boisées au profit des sieurs Carretier et consorts, et attribuait au sieur Gavot, successeur du sieur de Redern, la superficie foncière de ce sol.

Sur l'appel émis par les sieurs Carretier et consorts, et après une nouvelle expertise, la Cour d'Aix statua au fond, le 26 décembre 1877. Voici les motifs de cette décision, qu'il importe de détacher :

« Attendu, y est-il dit, qu'il faut rechercher tout d'abord  
 « quelle est la qualité des parties au procès pour dire à qui in-  
 « combe l'obligation de prouver; attendu que si Carretier et con-  
 « sorts sont demandeurs et, *en apparence, revendicateurs*, ils  
 « sont en même temps possesseurs des parcelles litigieuses;  
 « attendu, en effet, qu'à la suite d'un procès intenté en 1819 à la  
 « commune de Simiane par de Redern, l'un des auteurs de Gavot,  
 « celui-ci manifesta hautement l'intention de s'approprier les ter-  
 « rains des particuliers agrégés de bois, qu'il fit annoncer publi-  
 « quement cette prétention par ses gardes et agents; qu'effrayés  
 « par ces menaces et ces jactances, vingt-huit particuliers de Si-  
 « miane s'associèrent et assignèrent de Redern, en 1822, devant  
 « le tribunal civil de Forcalquier, à l'effet de voir dire qu'ils sont  
 « propriétaires et possèdent, avec titres, bonne foi et prescrip-  
 « tion, les immeubles situés sur le territoire de la commune de  
 « Simiane et respectivement réclamés par eux; que leur posses-  
 « sion résulte d'actes translatifs de propriété, de leur inscription  
 « sur divers cadastres, notamment celui de 1710, du paiement  
 « des impôts, des taxes et des lods, que de Redern n'a aucun  
 « droit de propriété sur lesdits biens et bois leur appartenant;  
 « *que cette action est bien plus une action en jactance qu'une*  
 « *action en revendication*; que les demandeurs ayant la posses-  
 « sion ne sont pas revendicateurs dans l'acception juridique du  
 « mot, et que la preuve de la propriété devait rester à la charge  
 « de de Redern, ou de Gavot, son représentant..... »

Après avoir repoussé les titres produits par Gavot, la Cour se demande si ceux qui sont invoqués par les appelants justifient leur droit de propriété, en admettant qu'ils fussent réellement revendicateurs. De cet examen, la Cour tire la conséquence que les sieurs Carretier et consorts sont propriétaires incontestables

des parcelles litigieuses, que le sieur Gavot n'a sur elles aucun droit de propriété ni d'usage; elle réforme, par suite, le jugement de Forcalquier.

Sur le pourvoi interjeté contre cet arrêt par le sieur Gavot, la Chambre des requêtes a rendu, le 18 décembre 1878 <sup>1</sup>, sous la présidence de M. Bédarrides, un arrêt de rejet, dont nous reproduisons le motif suivant, qui a trait à notre question :

« Attendu, est-il dit, que l'arrêt attaqué, *après avoir considéré à tort Carretier et consorts comme défendeurs à une revendication de Gavot*, s'est placé sur le véritable terrain du procès, en examinant les titres produits par Carretier et consorts, comme demandeurs en revendication des biens litigieux, et, comme tels, soumis à l'obligation de prouver leur demande... »

La Cour suprême constate ensuite qu'il résulte de l'appréciation souveraine de l'arrêt de la Cour d'Aix que ces derniers ont établi leur droit de propriété par des titres réguliers.

45. On s'est demandé quelle était la portée de cette déclaration contenue dans l'arrêt, de laquelle il ressort que la décision attaquée *avait considéré à tort Carretier et consorts comme défendeurs à une revendication de Gavot*. La Cour de cassation a-t-elle voulu repousser l'action de jactance? Il serait peut-être trop hardi d'aller jusque là. Ce qu'elle a voulu probablement indiquer, c'est que l'action, dont la Cour d'Aix avait été saisie, avait été mal à propos qualifiée par elle d'action de jactance, que, dans les termes où elle avait été engagée, elle présentait tous les caractères d'une demande en revendication, puisqu'elle tendait tout simplement à faire reconnaître le droit de propriété des sieurs Carretier et consorts, qu'elle ne visait aucune jactance, et n'avait pas pour objet de voir dire qu'il avait imposé à leurs adversaires un perpétuel silence.

46. Ainsi qu'il est facile de s'en rendre compte, par les arrêts que nous avons cités, la Cour régulatrice n'a pas encore tranché d'une façon catégorique le point de savoir si l'action en jactance est recevable ou non sous l'empire de nos lois françaises. Mais, tout récemment, la Chambre des requêtes a été saisie directement de la question par un pourvoi interjeté contre une décision

<sup>1</sup> D. P. 81. 1. 23.

de la Cour de Paris du 29 juillet 1885 (de Cosnac c. Choppin d'Arnouville). Par un arrêt du 9 mars 1887 <sup>1</sup>, rendu contrairement aux conclusions de M. l'avocat-général Chévrier, et sur le rapport de M. le conseiller Demangeat, elle a cru devoir renvoyer l'examen de ce point à la chambre civile. Nous attendons avec une légitime impatience la solution que la Cour suprême va donner, avec toute l'autorité qui lui appartient, à cette partie délicate de notre législation.

47. Il est temps de prendre parti dans ce débat, et de revenir à la question, que nous avons surtout à nous poser : nos Codes ont-ils admis l'action provocatoire ? Nous n'hésitons pas, quant à nous, à adopter la négative <sup>2</sup>, quelque considérable que soit le parti qui s'est prononcé pour l'opinion contraire.

Aucun des arguments que l'on peut faire valoir en faveur de cette thèse n'est de nature à nous convaincre, et nous pensons qu'il sera facile d'en faire justice.

Examinons-les successivement.

48. Invoquera-t-on la tradition ? Nous nous sommes déjà suffisamment expliqué à cet égard <sup>3</sup>; nous croyons avoir démontré qu'aucun des textes, dont on se prévaut, ne justifie, en droit romain, l'existence de l'action *ad futurum*, et que nous sommes en présence d'une pure invention de nos vieux juristes, qui ne repose sur aucune base sérieuse.

49. Les principes de notre législation française autorisent-ils, tout au moins, aujourd'hui la recevabilité d'une pareille action ? Pas davantage; ils la repoussent, au contraire, de la manière la plus flagrante.

Nos Codes n'ont pas, à la vérité, tracé minutieusement, comme l'avait fait le droit romain, le nombre et la nature des actions que l'on peut exercer, et on ne rencontre sur ce point que peu de dispositions. Mais est-ce à dire que le juge sera complètement libre d'admettre toutes les espèces d'actions que le

<sup>1</sup> Voir le journal *La Loi* du 11 mars 1887.

<sup>2</sup> Voir en ce sens : *Rép. du Journal du Palais*, v<sup>o</sup> loi *Diffamari*. — Demangeat sur Félix, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> édit., n<sup>o</sup> 189. — Mittermaier, *Proced. civ. comp.*, p. 250 et suiv. — Bonnier, *Des preuves*, n<sup>o</sup> 255.

<sup>3</sup> *Supra*, n<sup>os</sup> 9 et suiv.



plaideur voudra porter devant lui et qu'il n'aura qu'une seule chose à vérifier, le point de savoir si celui qui agit a un intérêt suffisant, et qu'à défaut d'une règle précise, il ne sera lié que par sa conscience? C'est ce que nous ne saurions admettre.

Il existe dans notre procédure des règles qui, bien qu'elles ne soient pas formulées par le législateur, tiennent cependant à l'essence même de l'action, qui sont confirmées du reste, par un ensemble de dispositions, et dont le juge ne peut s'affranchir impunément.

Qu'est-ce, en effet que l'action? C'est M. Poncet <sup>1</sup>, l'un des partisans de l'action de jactance qui nous l'apprend: c'est *l'exercice libre et volontaire d'un droit*. Or ce qui viole manifestement cette définition, c'est l'action de jactance, par laquelle on contraint celui qui a des droits à faire valoir à les déduire en justice, dans un délai déterminé, sous peine de déchéance.

Une telle procédure est aussi contraire aux principes juridiques qu'aux inspirations de la plus stricte équité.

Une action est, comme tout autre bien, dans le patrimoine de celui auquel elle est accordée. Il peut l'exercer au moment qui lui paraît le plus convenable, et on ne saurait, sous le prétexte de quelques propos sans importance, le dépouiller de ce droit.

En obligeant le diffamant à agir, sous peine de forclusion, on punirait bien durement une simple intempérance de langage. Il faut prendre la nature humaine telle qu'elle est; on ne peut exiger d'elle une discrétion qui est au-dessus de ses efforts; où irions-nous si la moindre jactance suffisait pour exposer celui qui en est l'auteur à un procès auquel il n'a nullement songé! Peut-être n'a-t-il pas encore recueilli toutes les preuves; il attend le moment opportun pour les réunir et en faire un faisceau. Bien plus, quel que soit le respect que doivent inspirer les décisions de nos tribunaux, il peut avoir des raisons mytérieuses pour rester inactif.

« *Quid*, dit très judicieusement le président Favre <sup>2</sup>, *si suspec-*

<sup>1</sup> *Op. citat., passim.*

<sup>2</sup> *Loc. citat.*

*« tum habeat judicem ex causis tam occultis, vel dubiis, ut eas  
 « aut allegare nolit, aut probare non possit? Quid si suspecta  
 « etiam sint tempora, propter quæ prudens alter instituendæ  
 « actionis consilium in aliud tempus differre velit !*

Le même jurisconsulte se demande plus loin comment un juge serait assez osé pour jeter dans les dépens d'un procès téméraire et pour frapper d'une condamnation ce demandeur, que son adversaire a traîné à la barre contre sa volonté et malgré sa résistance.

50. On doit, dit-on, veiller à la sécurité de celui qui est l'objet d'une jactance, et le débarrasser à tout jamais de ses craintes. Nous sommes d'accord sur ce point, qu'il ne faut pas laisser un citoyen à la merci de propos qui l'atteindraient dans son crédit, dans ses biens, dans son honneur. Si ces propos sont diffamatoires, qu'ils aient été répandus par la mauvaise foi, il pourra recourir à la voie pénale et poursuivre son adversaire en diffamation. S'ils sont dépourvus de tout élément criminel, il aura à son service une action en dommages-intérêts naissant de l'art. 1382 du Code civil; il pourra réclamer la réparation du préjudice qui lui aura été causé. Il ne sera donc jamais désarmé, d'après nous. Ce que nous contestons seulement, c'est la légalité du secours qu'on veut accorder au diffamé, pour l'affranchir, lui et les siens, de toute inquiétude dans l'avenir.

51. On ajoute que les droits de ce dernier peuvent périliter, qu'il laissera peut-être des héritiers mineurs, inexpérimentés et sans défense, qu'il est donc juste de lui permettre de contraindre son adversaire à exercer immédiatement son action.

Cette hypothèse se présentera quelquefois, nous n'en disconvions nullement. Mais il faut se préoccuper, non d'un cas spécial, mais de ce qui arrivera le plus fréquemment, du *quod plerumque fit*. Le plus souvent, celui qui est menacé de l'exercice d'une action a plus à profiter qu'à souffrir du retard qu'on met à la porter devant les tribunaux. Avec le temps, les animosités se calment, les intérêts se calculent plus froidement, les preuves disparaissent.

52. Du reste, la loi donne au défendeur éventuel le moyen de sauvegarder sa situation. Il peut, d'après une opinion qui

compte pour elle plusieurs arrêts, s'il craint que ses preuves ne viennent à dépérir, agir lui-même et se borner à conclure à une expertise, à une enquête *ad futurum*, dont il tirera profit plus tard. Dans le cas où on lui refuserait ce droit, il peut, tout au moins, faire faire par procès-verbal d'huissier les constatations matérielles qui lui sont utiles, faire recueillir par un notaire les dépositions des témoins dont il redoute la disparition.

53. Par quelles raisons, d'ailleurs, irait-on priver le bénéficiaire d'une action du délai de prescription de 10, de 20, ou de 30 ans, que la loi lui accorde ? C'est là un délai qui lui est donné pour réfléchir sur les droits qu'il a à faire valoir ; nul ne saurait l'en priver, et il ne peut être déchu que s'il y a renoncé d'une façon formelle et explicite.

Ne serait-ce pas, en nous plaçant à un autre point de vue, encourager les procès, contrairement aux vœux du législateur, qu'autoriser de pareilles procédures ? La loi voit d'un œil défavorable les instances judiciaires. Elle fait tous ses efforts pour les prévenir, en donnant à un premier juge le moyen de les étouffer dans leur germe par le préliminaire de conciliation. Elle édicte des règles minutieuses, des déchéances sévères ; elle veut qu'au bout de trois ans l'instance soit éteinte. Ne serait-ce pas la plus flagrante anomalie de sa part que d'obliger une personne à agir sous peine de forclusion ?

54. L'action de jactance offrirait, en outre, à celui qui est chargé du fardeau de la preuve le moyen commode de s'en décharger.

Ainsi, voilà une personne qui veut revendiquer un immeuble. Elle n'a pas, à l'appui de ses prétentions, les titres qui sont nécessaires au succès de sa cause. Mais son adversaire a tenu quelque propos ; il lui suffira de s'en emparer pour intervertir les rôles, et pour obliger ce dernier à se constituer demandeur.

Le danger est d'autant plus grand qu'il n'est pas toujours facile, dans la pratique, de distinguer une demande en revendication d'une action de jactance. Nous avons vu que la Cour d'Aix et la Cour de cassation avaient été d'un avis différent au sujet de l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt de la Chambre des requêtes

de 1878<sup>1</sup> : là où la Cour d'appel avait vu une action de jactance, la Cour suprême a trouvé une revendication pure et simple. La solution ne changerait pas, il est vrai, si l'on qualifiait l'action autrement; mais il pourrait se présenter d'autres hypothèses, dans lesquelles l'appréciation de la nature de l'action introduite aurait sur le fond une influence décisive.

55. Les analogies qu'on va chercher dans notre jurisprudence ne sont nullement concluantes.

On a cité le cas où le mari exerce l'action en désaveu contre l'enfant qui n'a, pour établir sa filiation légitime, ni acte de naissance, ni possession d'état.

Tout d'abord, la doctrine, dont on se prévaut, a été très vigoureusement combattue par M. Demolombe lui-même<sup>2</sup>, qui s'y est rallié, en dernier lieu, avec quelques hésitations<sup>3</sup>.

Mais admettons-la pour un instant, malgré les graves objections qu'elle soulève. Il est utile de remarquer que nous sommes loin ici de l'action de jactance. Le mari, dans l'hypothèse dont nous parlons, placé en face d'un fait qui constitue pour lui une menace de réclamation d'état, de légitimité, le mari peut prendre les devants, et exercer, sans attendre d'être attaqué, l'action en désaveu. C'est lui-même, on le voit, et non l'enfant qui se constitue demandeur.

On a cité aussi comme exemple l'action négatoire en matière de servitude. Nous n'avons qu'à renvoyer sur ce point aux explications que nous avons déjà données en exposant le droit romain<sup>4</sup>.

On n'est pas plus heureux en invoquant l'hypothèse où on peut forcer une personne à intervenir dans une instance. Ce droit est exceptionnel; il est absolument restreint au cas où celle-ci aurait le droit de former tierce-opposition au jugement qui serait rendu, en son absence.

En somme, les exemples, dont on argumente, n'ont aucune valeur. Ils n'infirmen en rien les principes que nous avons posés.

<sup>1</sup> *Supra*, n° 44.

<sup>2</sup> *Revue critique de jurispr.*, 1851, p. 514 et suiv.

<sup>3</sup> *Paternité et filiation*, n° 146 bis, *in fine*.

<sup>4</sup> *Supra*, n° 15.

56. Ce qui achève de démontrer le peu de fondement de la doctrine adverse, c'est le désaccord dans lequel se trouvent ses partisans, c'est le schisme qui éclate parmi eux, dès qu'ils arrivent à l'application pratique de leur thèse.

Ainsi, voici M. Dalloz <sup>1</sup>, qui accepte le principe de l'action provocatoire, mais qui refuse de prononcer une déchéance contre l'auteur des jactances qui n'aurait pas agi dans le délai qui lui avait été imposé.

Voici encore Chauveau <sup>2</sup>, qui n'admet l'action qu'avec les restrictions que nous avons fait connaître. Parmi ces restrictions figure celle-ci : il faut, d'après lui, que l'adversaire ne soit pas placé dans une situation légale qui lui accorde un délai de réflexion pour intenter sa demande. Il cite le cas de l'héritier, qui a dix ans pour intenter l'action en rescision de partage (articles 887 et 1304 du Code civil).

Cette exception détruit complètement la règle dont Chauveau est le plus ardent défenseur. Tous ceux qui ont une action à exercer n'ont-ils pas en effet, comme l'héritier, le droit de réfléchir pendant un certain délai, qui varie suivant les cas ?

Chauveau émet ensuite cette réflexion, qu'il importe de noter, car elle est la condamnation de sa thèse.

« Après avoir, dit-il, longtemps médité sur une position aussi anormale, j'ai compris tout ce qu'il y avait d'embarrassant pour ne pas étouffer le principe dans les entraves et les restrictions apportées à l'exercice de ce droit..... »

« J'ajoute, continue-t-il, que la recevabilité de l'action *ad futurum* me paraît rentrer dans le pouvoir discrétionnaire du juge. Il n'encourra pas la censure de la Cour suprême, s'il admet le principe et en repousse l'application dans un cas donné. Mais sa décision serait susceptible de critique, s'il refusait, d'une manière absolue, de recevoir une espèce d'action en complainte pétitoire. »

57. On voit, par ces citations, combien Chauveau est peu ferme dans son opinion, quelle large porte il ouvre aux embarras, aux difficultés, à l'influence prédominante du fait dans chaque

<sup>1</sup> *Loc. citat.*

<sup>2</sup> *Loc. citat.*

espèce. Est-ce là, nous le demandons, la théorie romaine, telle que l'entendaient nos vieux auteurs?

#### CONCLUSION.

58. En résumé, c'est en vain que la thèse que nous combattons fait appel à la tradition. La tradition romaine lui est contraire, et aucun des textes dont on se prévaut n'a consacré l'existence de l'action provocatoire.

Les principes généraux de notre droit, l'équité, dont on a fait tant de bruit, la repoussent également.

L'action de jactance n'est plus, dans notre jurisprudence, qu'un vestige de l'erreur commise par nos anciens jurisconsultes. Elle doit son maintien parmi nous à ce respect exagéré qu'on professe pour quelques vieilles règles, qui circulent comme de la monnaie courante, comme des vérités qui se passent de toute démonstration.

Nous croyons qu'en réalité, nous sommes en présence d'une règle surannée qui ne résiste pas à un examen sérieux, et nous espérons qu'après avoir étudié de près le problème juridique qui fait l'objet de cette étude, la Cour suprême n'hésitera pas à rendre hommage aux vrais principes et à donner à notre opinion sa souveraine consécration.

ERNEST VALABRÈGUE.

#### DROIT ET SOCIOLOGIE,

Par M. SAINT-MARC, professeur agrégé près la Faculté de droit de Bordeaux.

Depuis Auguste Comte et Herbert Spencer une nouvelle science s'est formée, la Sociologie, ou science des sociétés. Elle étudie les lois naturelles qui président à la formation des sociétés, à leur fonctionnement et à leur développement. S'il est permis, en adoptant une idée qui est, pour ainsi dire, le postulat des sociologistes, de considérer les sociétés comme des êtres super-organiques, mais néanmoins vivants, on peut, ce me semble, donner à leur science le nom de biologie des sociétés<sup>1</sup>. Comme

<sup>1</sup> Voy. de Roberty, *la Sociologie*, ch. VII.

la biologie, elle comprend l'étude de la structure de l'être, *anatomie, morphologie* et celle de ses fonctions ou *physiologie*. En d'autres termes, les appareils sociaux, les fonctions sociales, les produits sociaux et leur dépendance réciproque, tel est l'objet de cette science récente (Herbert Spencer, *Principes de Sociologie*, t. I, § 208).

Mais il existe une autre science bien plus ancienne, dont le domaine, à première vue, confine à celui de la sociologie, une science qui a pour objet la société dans son ensemble et dans ses détails, dans son organisation générale et dans ses fonctions les plus délicates ou les plus infimes, la vaste science du droit.

Les sociologistes ont bien aperçu, sinon la connexité, du moins la contiguïté des deux sciences. Ils font de fréquents emprunts aux écrits des jurisconsultes (notamment W. Bagehot à sir H. Sumner-Maine); et M. de Roberty, en signalant l'étude du droit aux recherches des sociologistes (Ch. I, n° 4, *Sociologie*), n'hésite pas à la considérer comme comprise et englobée dans cette partie de la sociologie qu'il appelle la dynamique sociale (Ch. VII, n° 8).

C'est sur ce point que je désire attirer l'attention. Quels sont les rapports qui unissent ces deux sciences de dates si différentes, quel est leur domaine respectif, se touchent-elles sans se confondre, ou ont-elles un terrain commun? A-t-on fait depuis des siècles de la sociologie sans le savoir, comme M. Jourdain faisait de la prose, ou les sociologistes actuels ne peuvent-ils pas, par de certains côtés, être considérés comme des juristes inattendus dont l'œuvre principale aurait été de faire émerger du domaine de l'art, où le droit s'était complu trop exclusivement, le caractère scientifique qui lui assure une place importante dans le domaine pur de la pensée? Il y a là une question d'une assez grande utilité théorique. Nous examinerons ensuite si la réponse que nous lui donnerons ne doit pas entraîner ou justifier un certain nombre de conséquences pratiques.

2. Pour cela il me paraît que le meilleur procédé à suivre consiste d'abord à rechercher dans les ouvrages des sociologistes les plus estimés, quelles sont les divisions et les objets principaux de la science nouvelle et de nous demander si nous n'en trou-

vons pas l'analogie dans les principales branches du droit. Ainsi nous saisissons sur le vif les connexions des deux sciences et nous pourrions en tirer des conclusions autorisées.

3. Dans le chapitre 27 de la 1<sup>re</sup> partie de ses *Principes de sociologie*, « Domaine de la sociologie », M. Spencer, ce maître puissant, chez qui la synthèse grandiose est secondée par une si merveilleuse analyse, trace le plan de l'édifice qu'il se propose d'élever.

« Etant données les unités sociales, soumises à certaines conditions physiques, émotionnelles ou intellectuelles, en possession de certaines idées acquises de bonne heure et de sentiments correspondants », la sociologie « a pour mission de nous expliquer les phénomènes qui résultent de leurs actions combinées. » (§ 210).

4. Pour cela, ajoute-t-il, il faut d'abord étudier « les plus simples de ces actions combinées, celles qui produisent la génération d'unités, les élèvent, les rendent propres à la coopération » c'est-à-dire le développement de la famille.

« Il faut examiner la manière dont l'éducation du rejeton se trouve respectivement influencée par la promiscuité, la polyandrie, la polygamie ou la monogamie, comme aussi l'influence des mariages exogames et endogames. » (*Ibid.*).

Eh bien ! je le demande, une étude juridique de la famille, non plus chez tel ou tel peuple, mais en général, procéderait-elle d'une façon bien différente ?

Ne commencerait-on pas par étudier les conditions du mariage pour constater d'abord l'absence de règles fixes avec la promiscuité et sans doute aussi la polyandrie, puis l'apparition de règles de plus en plus précises avec la polygamie et la monogamie ? Ne rechercherait-on pas les causes de l'exogamie, et des exemples, comme celui de l'enlèvement des Sabines, n'entraîneraient-ils pas à saisir sur le vif la conception la plus primitive du droit international ? Et ne faudrait-il pas envisager aussi les conséquences d'un pareil mariage sur la puissance paternelle ou maternelle, c'est-à-dire sur le principe même de l'éducation des rejetons ?

A ce premier point de vue les deux sciences me paraissent tout au moins être très intimement mêlées.



5. « Nous aurons ensuite à examiner ces conditions, dit M. Spencer, d'abord dans l'influence qu'elles exercent sur la conservation du nombre et de la qualité de l'espèce, ensuite dans celles qu'elles exercent sur la vie domestique des adultes. »

Je conviens que le droit n'a point à rechercher principalement quelle influence peuvent exercer les différentes sortes de mariages sur la conservation et la qualité de l'espèce. Néanmoins on reconnaîtra que, pour juger avec quelque autorité les conditions juridiques du mariage, comme par exemple la puberté, il faut se préoccuper de leur résultat sur la procréation.

En tout cas, le droit recherche l'influence du mariage sur la « vie domestique des adultes ». Que l'on considère en effet l'existence des époux au point de vue de leurs rapports l'un avec l'autre ou avec leurs enfants adultes, elle est régie par une série de règles juridiques qui doivent différer naturellement d'après le mode de formation de leur mariage. Il est certain, par exemple, que la condition juridique de la femme doit bien différer suivant que la civilisation en est à l'état de polygamie ou de polyandrie, et peut-être aussi suivant que le mariage est exogame ou endogame (Cpr. Gide, *La condition de la femme*).

6. L'analogie se poursuit dans le 3<sup>e</sup> alinéa. « De plus, après avoir observé comment les diverses formes de relations sexuelles modifient la vie de famille, nous aurons à voir comment elles modifient la vie publique, sur laquelle elles agissent et dont elles subissent la réaction. »

M. Spencer, si je le comprends bien, oppose ici simplement la vie publique à la vie domestique; il vise moins la vie politique proprement dite que la vie sociale (Cf. t. III, § 440, 441, de l'organisation publique). Il se demande, par exemple, en quoi telle ou telle forme de mariage facilitera la division du travail, ou la puissance militaire de la peuplade, et réciproquement quels sacrifices, quelles gênes imposeront à l'union sexuelle les nécessités d'une forme sociale déterminée.

Or tout cela, c'est du droit, ou tout au moins de l'économie politique dont on connaît les rapports étroits avec le droit; droit privé si l'on touche à la condition des époux entre eux, éco-

nommé politique si on considère ses effets quant à la division du travail, droit public si l'on envisage la position sociale qui est faite à l'un des deux époux à raison même de sa supériorité. Ainsi, quand la polyandrie a cessé, l'homme évidemment est seul guerrier, seul appelé à jouer un rôle plus ou moins politique dans la tribu; tandis que la femme forme avec les esclaves la classe laborieuse. La détermination de ce rôle appartient encore au droit, mais au droit public.

7. « Ensuite, après les relations sexuelles, il faudra traiter de « la même manière les relations des parents avec les enfants. »

Je n'ai qu'à me référer à ce que j'ai dit sous le n° 4, pour montrer ici encore la connexité du droit et de la sociologie. Il est évident que les relations des parents avec les enfants; les droits de correction, d'éducation, les devoirs d'assistance; d'alimentation, etc., sont du droit privé au premier chef.

J'ai donc démontré que toute cette première partie de la sociologie se rencontre avec l'une ou l'autre des branches des nombreux rameaux du droit. Cependant, pour que la démonstration soit complète, il faut résoudre une objection, déjà prévue, et qui se représentera pour les paragraphes suivants.

Sans doute, dira-t-on, le droit traite de la constitution de la famille, de la constitution militaire et politique de chaque pays. Mais il se restreint à un pays, à une époque. On étudie le droit privé romain, et, à ce propos, la constitution de la famille romaine; le droit public romain, et, à ce propos, les premières différenciations qui se sont produites dans le groupe coopératif romain. Mais l'objet de la sociologie est bien plus vaste. Ce n'est pas telle société déterminée qu'elle embrasse, mais toutes les sociétés. Ce sont les lois générales communes à toutes les sociétés qu'elle recherche.

Cette objection me touche peu. On peut parfaitement étudier le droit en lui-même, sans le rapporter à une société déterminée, mais en s'inspirant des règles communes aux droits des diverses sociétés, c'est ce qu'on peut appeler le droit comparé, ou mieux encore, *la Philosophie du droit*, qui est indépendante des époques et des nations, et marche à proprement parler à travers les époques et les nations, exactement comme la sociologie.

8. Passons à la seconde partie de la sociologie. « Il y faudra  
 « décrire et expliquer la naissance et le développement de l'or-  
 « ganisation politique qui règle directement les affaires de  
 « l'homme, c'est-à-dire qui combine les actions des individus en  
 « vue de l'attaque ou de la défense de la tribu ou de la nation,  
 « qui leur impose des limites dans les actes qui les intéressent  
 « réciproquement, et aussi dans ceux qui n'intéressent qu'eux-  
 « mêmes. Cette science a à suivre les relations de cet appareil  
 « de coordination et de contrôle avec la surface sur laquelle il  
 « s'étend, avec le chiffre de la distribution de la population,  
 « avec les moyens de communication. Elle a à montrer les diffé-  
 « rences de forme que cette cause présente dans les différents  
 « types sociaux, l'état nomade, le sédentaire, le militaire et l'in-  
 « dustriel. Elle a à décrire les relations variables de cet appareil  
 « régulateur improductif avec les appareils qui produisent et  
 « rendent possible la vie sociale. Elle a aussi à exposer les rela-  
 « tions qui subsistent entre les institutions gouvernementales  
 « qui se développent en même temps, les institutions ecclésiastiques  
 « et les institutions d'étiquette, elle a aussi à montrer  
 « l'influence réciproque de ces institutions. Ensuite, il faut qu'elle  
 « tienne compte des modifications que les freins politiques per-  
 « sistants provoquent toujours dans le caractère des unités  
 « sociales, aussi bien que de celles que les réactions des carac-  
 « tères modifiés des unités opèrent sur l'organisation poli-  
 « tique. »

Eh bien! ne retrouvons-nous pas l'analogie avec le droit? Le droit, qui est le grand appareil de cohésion (coordination), n'est-il pas aussi le grand appareil régulateur (de subordination)? Et, pour préciser, l'organisation politique « qui combine les actions des individus en vue de l'attaque ou de la défense des tribus ou de la nation », n'est-ce pas l'objet d'un droit spécial? Est-ce que tel n'était pas le champ d'études de nos anciens feudistes? Est-ce que tout le droit féodal ne reposait pas sur ces idées? Et aujourd'hui, le mode de coopération militaire ayant changé, est-ce que ces modifications n'ont pas leur retentissement sur le système constitutionnel; est-ce que d'ailleurs, pour n'être pas enseigné dans les facultés, le droit militaire est moins

en vigueur, et ne serait-il même pas à souhaiter qu'il fût un peu plus connu ?

Bien entendu les formes constitutionnelles sous lesquelles se traduit le besoin de coopération militaire, la structure même de l'appareil régulateur auquel il donne naissance, varieront « suivant les différents types sociaux, l'état nomade, le sédentaire, le militaire et l'industriel », et suivant les conditions de développement de « l'appareil producteur ». Mais je ne pense point que, ni le droit constitutionnel, ni l'économie politique négligent cette étude des facteurs primordiaux ou accessoires.

C'est encore du droit public que les relations du gouvernement civil avec les autres institutions, d'étiquette ou ecclésiastiques. Avec les institutions ecclésiastiques en effet, nous assistons peut-être à la formation du droit. Oui, le droit ecclésiastique est le premier droit qui se soit produit, s'il est vrai, comme le prétend Bagehot, que le premier but que se propose le groupe coopératif une fois formé soit d'assurer l'observation des actes « qui portent bonheur » et l'abstention des autres. Quant aux institutions d'étiquette, ne font-elles pas encore partie du droit des gens diplomatique ? N'étaient-elles pas un caractère saillant du droit féodal, tant public que privé ? Enfin, en droit constitutionnel, ne faut-il pas tenir compte des « modifications que les freins politiques persistants provoquent toujours dans le caractère des unités sociales, aussi bien que de celles que les réactions des caractères modifiés des unités opèrent sur l'organisation politique ? »

9. Qu'on lise nos anciens civilistes et on verra s'ils ne montrent pas à fond « comment le système des règles qui forme la loi civile, et le système des règles que l'organisation ecclésiastique impose, s'écartent progressivement l'un de l'autre. » Qu'on lise les canonistes et on verra s'ils ne traitent pas de « l'évolution des appareils et des fonctions ecclésiastiques. »

10. Si maintenant, de la fonction régulatrice nous passons à la fonction opératrice, est-ce un programme d'économie politique, d'un cours de droit industriel ou de sociologie, que M. Spencer trace dans ces lignes : « Il faut étudier les étapes que franchit la classe industrielle, à partir du moment de son union primitive

« avec la classe gouvernementale jusqu'à celui où elle s'en  
 « sépare définitivement. Un sujet d'étude tout analogue est le  
 « développement des appareils régulateurs que la classe indus-  
 « trielle développe dans son propre sein. Dans l'intérêt de la  
 « production il faut que les actions des unités de la classe indus-  
 « trielle obéissent à une direction : on a donc à s'occuper des  
 « diverses formes de l'appareil directeur, c'est-à-dire des genres  
 « de gouvernement sous lesquels agissent les groupes séparés  
 « d'ouvriers, les genres de gouvernement sous lesquels les  
 « ouvriers de même métier et de la même classe réunissent leurs  
 « efforts aboutissant à une différenciation sous forme de corpo-  
 « ration et d'association : enfin le genre de gouvernement qui  
 « maintient l'équilibre entre les divers appareils industriels. —  
 « Après la partie régulatrice de l'organisation industrielle vient  
 « la partie opératrice où l'on retrouve pareillement les phases  
 « successives de différenciation et d'intégration. » Les opinions  
 économiques d'un peuple se traduisent toujours dans sa légis-  
 lation ; et c'est par l'intermédiaire du droit que les socialistes  
 d'aujourd'hui rêvent de faire triompher leurs revendications.  
 Faut-il citer les chartes de concession de privilège, les édits  
 des maîtrises et jurandes, puis enfin les lois sur les syndicats  
 professionnels, pour prouver cette proposition ? Tout ce qui touche  
 à la production, à la circulation, à la répartition, et même, comme  
 pour les lois somptuaires, à la consommation de la richesse, est  
 ou a été matière législative.

11. Je concède que la partie de la sociologie qui touche au  
 développement du langage, du savoir, de la morale, de l'esthé-  
 tique (*ibid.*, p. 588) n'a avec le droit que des rapports fort loin-  
 tains. Mais précisément c'est là une partie accessoire de la  
 science, à tel point que certains des disciples de M. Spencer lui  
 ont récemment reproché la place donnée dans la sociologie au  
 développement de l'idée religieuse qui rentrerait plutôt dans la  
 psychologie.

12. En revanche, je ferai observer que M. Spencer néglige de  
 parler de l'appareil et de la fonction de reproduction. La coloni-  
 sation tout entière répond cependant à cette idée. Or, il me  
 paraît démontré aujourd'hui que la colonisation doit être régle-

mentée sous peine de ne pas aboutir (Voy. Système de Wakefield, Leroy-Beaulieu, *la Colonisation*).

13. J'ai terminé cette étude comparative. Prenant le plan proposé par le plus illustre des sociologistes actuels, je l'ai suivi pas à pas, et j'ai essayé de démontrer que partout la sociologie rencontre le droit sur son chemin parce que leur domaine est pour la plus grande partie commun<sup>4</sup>.

Mais il serait peu scientifique de se contenter de cette conclusion *à posteriori*; il faut maintenant démontrer *à priori* et par des raisons tirées de la nature des deux sciences qu'il en devait être ainsi. C'est ce que je vais m'attacher à faire, mais auparavant, je dois résoudre une objection.

14. Il peut sembler, à première vue, que les deux sciences qui nous occupent diffèrent tout au moins en ceci, que l'une, la sociologie, étudie des lois scientifiques proprement dites, c'est-à-dire, des relations inévitables de séquence ou de coexistence des faits sociaux, relations telles que le renouvellement des mêmes faits dans les mêmes conditions amène les mêmes résultats : tandis que le droit ne traiterait que des lois positives,

<sup>4</sup> Nous pouvons d'un seul coup d'œil faire rapidement le même travail. Prenons le diagramme de M. de Roberty dans lequel il indique le plan de la science sociale avec ses divisions fondamentales et ajoutons entre parenthèses les Droits corrélatifs.

#### STATIQUE.

- 1° *Famille*.: Embryologie sociale (Droit de la famille).
- 2° *Classes*. Structure simple (Droit public et privé).
- 3° *Nation*. Structure compliquée intérieure (Droit public et constitutionnel).
- 4° *Races*. Structure compliquée extérieure (Droit public international).

#### DYNAMIQUE.

- 1° *Embryogénie*. Loi de la formation sociale (Droit de la famille et droit militaire).
- 2° *Economie sociale*. Loi des associations élémentaires (Droit religieux, droit féodal, droit industriel).
- 3° *Droit et institutions sociales*.
- 4° *Histoire ethnographique*. Lois générales des civilisations (Philosophie du droit ou Histoire du droit comparé).

variables, contingentes, inspirées aux diverses autorités sociales par l'apparition des phénomènes sociaux.

Mais cette distinction est plus apparente que réelle. A moins de réduire le droit à une pure exégèse, à une sèche interprétation des actes de l'autorité publique, le juriste doit aussi se demander jusqu'à quel point ces lois positives sont conformes aux lois du développement social. En outre, et c'est là le point important de ma réplique, il me paraît que l'histoire comparée des Droits des divers pays envisagés largement comme je viens de le faire, constitue une sorte de philosophie du droit qui concorde précisément avec l'étude des lois scientifiques des sociétés. Ce serait en effet une erreur de croire que le droit est un produit spontané et arbitraire de l'esprit humain; la légende du législateur créant un système tout d'une pièce n'est plus admise aujourd'hui. Le droit est un des aspects de la vie d'un peuple, je dirai peut-être plus bas, la vie d'un peuple. Comme tel, il s'impose, il n'y a pas de volonté particulière qui puisse le plier, le tordre. Si le souverain fait une loi contraire aux besoins vrais de la société, elle est tournée et tombe; seules subsistent celles qui sont l'expression de la loi naturelle d'évolution à laquelle la nation obéit inconsciemment, loi que le législateur positif, en somme, ne fait que constater et traduire. C'est dans ce sens que Montesquieu a dit : « Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. »

Ainsi tombe l'objection que les deux sciences ne se placent pas au même point de vue pour étudier les mêmes objets. S'il est effectivement une différence de point de vue, j'espère démontrer plus bas qu'elle est par elle-même assez minime.

15. Ceci me ramène à mon sujet.

Qu'est-ce que *le Droit*? Le mot *droit* signifie direction (*dirigere, recht, right*); il signifie encore lien (de *jus*, qui d'après les plus récents auteurs vient du sanscrit *ju, lier*). Le droit, c'est le principe de direction, et en même temps de cohésion de la société. C'est lui qui assure à l'hétérogénéité croissante des sociétés en progrès, son caractère de *cohérente* et *définie*, sans lequel suivant Spencer cette hétérogénéité serait l'anarchie et la dissolution. Dès que la différenciation se produit dans le groupe,

il y a un droit qui naît pour assurer la cohésion. Ainsi la société, toujours fortement maintenue, peut se développer dans une complexité harmonique.

Entre les parents et les enfants, c'est le droit de famille. Entre les membres de la tribu et le chef, c'est le droit militaire. Entre les guerriers et les vaincus, c'est le droit d'esclavage. Aujourd'hui, dans nos sociétés modernes, la fonction circulatrice, la fonction industrielle se sont développées dans des proportions considérables : nous voyons partout apparaître à côté du vieux fonds du droit civil, des droits spéciaux, droit commercial, droit maritime, droit industriel (en Allemagne, la *Gewerbe-ordnung*) qui suivent les progrès de la société. Si même nous allons plus loin, si nous considérons les diverses nations comme les membres épars qui se cherchent d'un grand corps en formation, le droit international {public et privé apparaît, non pour suivre, mais pour préparer cette métamorphose.

Partout où les activités humaines s'entrecroisent, de nouveaux rapports s'établissent et le droit apparaît pour les sanctionner et les diriger à la fois. Par la fixité qu'il leur imprime, il empêche l'éparpillement des forces sociales ; par la souplesse et la variabilité de ses adaptations, sous l'influence des législateurs, ou tout au moins de la jurisprudence, il en permet le progrès continu, de telle sorte que le faisceau des liens change toujours, suivant les besoins, sans se rompre jamais brusquement.

16. Le droit imprègne à tel point la vie sociale qu'il régit non seulement les actes qui mettent en contact direct les membres du corps social, mais ceux qui semblent le plus rentrer dans le domaine de la volonté individuelle, dès qu'ils sont jugés utiles à la cohésion ou au développement du groupe.

Ainsi, à l'époque où l'inobservation des prescriptions religieuses peut attirer la colère divine sur le groupe, à l'époque où la fibre de l'obéissance doit avant tout être façonnée, la violation d'un rite ou d'une coutume, même non religieuse, est punie bien plus sévèrement que l'atteinte portée aux droits privés des citoyens (Cf. Bagehot, *Lois scientifiques du développement des nations*).

Prenons un autre exemple. Un homme a dans sa propriété une



mine. Voilà un rapport entre l'homme et le sol seulement. Cependant, comme l'exploitation de la mine intéresse la société tout entière, la concession [pourra en être faite à un autre, et lui-même ne pourrait exploiter la mine sans une concession.

Il semble que l'assurance en cas d'accidents ou de maladies soit un acte d'initiative personnelle. Les lois de M. de Bismarck l'ont, pour partie, imposée aux ouvriers.

De même il semble que la bienfaisance doive être un acte spontané, et cependant on a partout créé une assistance publique qui, plus ou moins directement, oblige tous les citoyens à secourir les malheureux.

17. Quelle est la raison de cette omniprésence du droit dans presque tous les actes de l'homme? Elle est dans la dépendance où se trouve l'homme par rapport à la société.

La société est un être superorganique vivant, distinct des membres qui la composent, ayant ses besoins, ses aspirations, ses fonctions, — beaucoup plus personnel peut-être que les éléments qui la forment, de même que le corps humain est plus réel que les cellules dont l'agglomération le constitue.

Mais pour assurer cette vie et ce développement de l'être complexe dont nous faisons partie, il faut que tous nous concourions à une fin commune, et que notre activité converge vers ce but. Eh bien! c'est le droit qui procure ce résultat. Voilà pourquoi on le trouve dans toute la structure, dans tout le fonctionnement de cet être. Il le pénètre tout entier, depuis l'organe directeur jusqu'au plus chétif élément; principe de cohésion, vivifiant, réchauffant, analogue, quoique moins mystérieux, au principe d'affinité chimique d'où est née la vie des êtres organisés.

18. Il ne faut donc plus s'étonner, à présent, si le droit et la sociologie ont le même champ d'études. L'une est la biologie des sociétés, l'autre est la science de leur principe de cohésion, leur principe vital, comme aurait dit l'École de Montpellier. Il était dès lors évident qu'ils devaient se rencontrer puisqu'ils recherchent tous les deux les lois du développement de la vie sociale.

Seulement, et voici ce qui explique les différences que nous pouvons constater, le droit est plutôt une science abstraite-con-

crète, dans le sens où M. Spencer emploie ces expressions (classification des sciences), c'est-à-dire une science qui étudie une des qualités, un des attributs d'un tout concret; la sociologie est une science concrète, elle étudie l'objet (la société) intégralement, dans toutes ses qualités, dans tout son développement. Mais comme l'attribut dont s'occupe le droit est le plus important de tous, celui qui enserme et maintient tous les autres, on conçoit que la science concrète et la science abstraite-concrète se rencontrent incessamment, et que l'étude vraiment philosophique de l'une entraîne toujours l'étude approfondie de l'autre.

La sociologie et le droit ne sont donc point identiques, et je ne fais point difficulté de reconnaître que la sociologie est plus compréhensive que le droit. Mais il est impossible de faire de la sociologie sans faire de droit, et, réciproquement, la vraie philosophie du droit, c'est la sociologie.

19. De cette conclusion ne pouvons-nous pas tirer la conséquence pratique que nous annonçons au début de ce travail?

Avons-nous, dans nos Facultés de droit, un enseignement de la philosophie du droit?

Le cours qui s'en rapproche le plus est le cours de *droit naturel*, que la loi du 22 ventôse an XII, relative aux écoles de droit, indiquait expressément dans son art. 2. Ce cours, fondé dans quelques Facultés, Paris, Grenoble, Strasbourg, ne put pas s'y acclimater, et j'en crois trouver la raison dans l'emploi de la méthode usitée pour cet enseignement. C'était l'antique méthode déductive. On se faisait à priori un idéal de morale sociale rattachée à la théodicée spiritualiste, puis on lui comparait les institutions juridiques positives.

Cette méthode avait un double inconvénient. D'abord, en rattachant la morale et le droit à la théodicée, elle faisait participer celui-ci de toute l'incertitude qui frappe notre connaissance de Dieu. Ensuite, cette déduction même, eût-elle été incontestable, n'eût fourni qu'un criterium tout à fait insuffisant pour juger la plupart des institutions juridiques. Qu'a de commun la morale, ainsi entendue, avec l'établissement d'un bon système hypothécaire, ou d'un régime successoral approprié aux besoins, ou d'une

bonne réglementation de la lettre de change, ou d'un bon réseau administratif, etc.? Bien peu de chose assurément; tout au plus peut-elle fournir quelques indications négatives, mais pas de positives. L'économie politique fournirait bien davantage.

20. On échoua donc dans la création d'un cours d'introduction à la science du droit sous forme de cours de droit naturel.

Mais cette idée fut reprise sous forme de création d'un cours d'histoire du droit. Et si l'on s'était borné à lui donner ce titre, le cours d'histoire du droit aurait eu un véritable caractère scientifique. Il eût étudié les lois de séquence et de coexistence des phénomènes juridiques dans les diverses législations, comme les romanistes les étudient, aujourd'hui, au point de vue historique dans le type très pur de la législation romaine. Malheureusement on voulut réunir dans le même enseignement le caractère pratique et le caractère théorique, et le cours d'histoire du droit prit le titre d' « Histoire générale du droit français, public et privé. » Il était dès lors frappé de stérilité : d'abord au point de vue scientifique, parce que, à la différence du droit romain, le droit français ne présente pas un type pur de droit, ce droit, comme la nation elle-même, s'étant formé de la fusion de plusieurs autres droits; au point de vue technique et professionnel ensuite, parce que, s'adressant à des élèves de première année, le professeur ne peut traiter que très imparfaitement de la plupart des institutions de droit privé.

21. Eh bien! pourquoi ne pas réparer cette erreur en créant un cours de sociologie qui serait la meilleure des philosophies du droit, le meilleurs cours de droit naturel?

Nous ne demandons pas qu'il soit placé à l'entrée des études : peut-être même suffirait-il de le placer dans l'enseignement du doctorat. Il servirait à bien préciser la fonction du droit dans l'organisme social, à montrer comment l'appareil juridique est influencé par toutes les différenciations qui se produisent dans cet organisme, et entraînent dans le droit une évolution parallèle et corrélatrice. Ce serait une vaste synthèse dans laquelle toutes les notions de droit et d'économie politique seraient vivement éclairées après coup, de même qu'on se rend mieux compte du

chemin parcouru lorsque, arrivé sur la hauteur, on se retourne pour jeter un regard en arrière. Ce serait le couronnement des études juridiques, et les Facultés de droit pourraient alors prendre le titre, que leur assigne une bonne classification des sciences, de Facultés des sciences sociales <sup>1</sup>.

H. SAINT-MARC.

<sup>1</sup> Cet article a été écrit, pour la plus grande partie, en 1883. On le publie aujourd'hui seulement parce que les circonstances lui donnent une actualité qui lui faisait défaut à cette époque.

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---

## EXAMEN DOCTRINAL

### JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE,

(Année judiciaire 1886-1887),

Par M. BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

I. Elections : (a) Electorat. — (b) Eligibilité. — (c) Calcul du délai des protestations.

II. Pouvoirs du tribunal des conflits.

III. Recours pour excès de pouvoir : (a) Délai. — (b) Recours direct. — (c) Recours incident.

IV. Cultes : (a) Responsabilité des Congrégations religieuses relativement aux actes des instituteurs congréganistes. — (b) Propriété des biens restitués aux fabriques par l'arrêté du 7 thermidor an XI.

V. Limites des pouvoirs du maire en matière de police municipale.

VI. Domaine public : (a) Réalité des autorisations. — (b) Compétence de l'autorité judiciaire.

VII. Travaux publics : (a) Compétence en matière d'indemnité. — (b) Compétence en matière de souscriptions. — (c) Compensation de la plus-value avec les dommages.

#### I. — ELECTIONS.

(a) *Electorat.* — L'art. 14, § 3-2<sup>o</sup> de la loi du 5 avril 1884, décide qu'un électeur peut demander son inscription sur la liste électorale d'une commune, dans laquelle il n'a ni sa résidence ni son domicile, s'il y est inscrit au rôle d'une des quatre contributions directes ou des prestations en nature. Cette disposition, ancienne d'ailleurs dans notre législation, donne aux électeurs, qui se trouvent dans la condition indiquée, la faculté d'opter entre plusieurs communes pour l'exercice de leur droit électoral. Cette faculté d'option existe-t-elle entre plusieurs sections de la même commune? Une jurisprudence constante admet l'affirmative, et on ne voit, en effet, aucune raison de ne pas permettre entre deux sections l'option qui est permise entre deux communes. Mais ne faut-il pas alors modifier un peu les conditions dans lesquelles l'option sera permise? Un électeur, par exemple, qui a sa résidence dans une section, pourra-t-il demander son inscription sur la liste électorale d'une autre section par cela seul qu'il est inscrit dans la commune au rôle des prestations en nature?

On voit la difficulté. Le rôle des prestations en nature est général pour toute la commune, il ne s'applique pas à une section plutôt qu'à une autre ; la contribution elle-même n'est pas assise sur une portion déterminée du territoire de la commune. L'inscription au rôle de cette contribution n'établit donc aucun lien spécial entre le contribuable et une section particulière, et ne peut, ce semble, servir de fondement à la demande d'option faite par ce contribuable. Le même raisonnement s'applique à la contribution personnelle et mobilière.

Ces considérations n'avaient pas prévalu auprès de la Cour de cassation qui décida longtemps que, la loi ne faisant aucune réserve, il fallait admettre, même relativement aux sections de commune, le droit d'option de ceux qui étaient inscrits au rôle des prestations en nature ou de la contribution personnelle et mobilière. Elle vient de modifier sa jurisprudence par 4 arrêts dont le 1<sup>er</sup> à la date du 23 mars 1885 (Dal. 85. 1. 239) et les 3 autres à la date du 5 mai 1887 (Dal. 87. 1. 347). Elle décide aujourd'hui, que pourra seule servir de base à une demande d'option, entre deux sections de commune, l'inscription au rôle des contributions qui ont une assiette sur une portion déterminée du territoire, c'est-à-dire de la contribution foncière ou de la contribution des patentes. Un électeur, résidant dans une section, ne pourra donc demander son inscription sur la liste électorale d'une autre section que s'il possède, dans cette autre section, un immeuble pour lequel il est inscrit au rôle de la contribution foncière ou s'il y a un établissement industriel pour lequel il est inscrit au rôle de la contribution des patentes.

La Cour justifie le changement de jurisprudence en invoquant la réglementation nouvelle du sectionnement électoral. La loi de 1884 donne pour base de la division de la commune en sections électorales les agglomérations distinctes et séparées ; elle attache donc une grande importance électorale au fait de l'habitation. Pour entrer dans l'esprit de la loi, il ne faut donc pas permettre à un électeur de voter dans une section autre que celle de sa résidence, à moins qu'il ne justifie d'un intérêt sérieux et localisé, pour ainsi dire, dans cette autre section.

Pour pouvoir exercer l'option l'art. 5 de la loi du 7 juillet 1874

exigeait que l'inscription au rôle d'une des contributions indiquées existât depuis plus d'un an. Le texte nouveau ne fait aucune mention de la durée de l'inscription. On a soutenu que c'était un oubli et qu'il fallait compléter le texte et ce bizarre raisonnement avait triomphé devant certains juges de paix. La Cour de cassation a cassé avec raison les jugements qui refusaient de reconnaître aux électeurs un droit que la loi leur accorde formellement et qui se fondaient sur une loi abrogée pour modifier une loi existante.

(b) *Éligibilité.* — 1. Pour être éligible au Conseil général d'un département il faut être domicilié dans le département, ou y être inscrit au rôle d'une des contributions directes, ou y avoir hérité d'une propriété foncière (Loi du 10 août 1871, art. 6). Un député du département, qui ne satisfait à aucune de ces conditions, est-il éligible comme conseiller général?

La question peut étonner au premier abord; le mandat de député est plus important que celui de conseiller général et il peut paraître étrange que le citoyen qui est investi du premier ne soit pas à *fortiori* habile à recevoir le deuxième. Le Conseil d'État a cependant jugé que le député était inéligible au Conseil général (1<sup>er</sup> avril 1887, Rec. p. 287).

La solution nous paraît certaine. L'art. 6 de la loi du 10 août 1871 est en effet très formel et très précis. On comprend d'ailleurs que le législateur exige, pour l'éligibilité aux Conseils locaux, qui ont à s'occuper des affaires d'intérêt local, des garanties différentes de celles qu'il exige pour l'éligibilité aux grandes assemblées politiques, où s'agitent des questions d'intérêt général.

Le ministre de l'intérieur, qui s'était prononcé en faveur de l'éligibilité du député, dans notre hypothèse, disait dans les observations qu'il soumettait au Conseil d'État, que le mandat législatif constituait un lien suffisant entre le député et le département qu'il représentait; que d'ailleurs le député était électeur sénatorial dans le département et pouvait invoquer la disposition de l'art. 6 de la loi de 1871 qui donne l'éligibilité à tout électeur du département.

Nous répondons : 1<sup>o</sup> que la loi énumère limitativement les si-

tuations qui lui paraissent établir un lien suffisant entre un candidat et un département et la situation de député ne se trouve pas dans l'énumération.

2° L'art. 6 de la loi de 1871 ne donne pas l'éligibilité à tout électeur du département. L'électorat dont il fait une des conditions de l'éligibilité, n'est pas l'électorat dans le département, mais l'électorat en général, sans aucune exigence de lieu; et cette condition à elle seule ne suffit pas, il faut encore satisfaire aux autres conditions indiquées, notamment à la condition du domicile ou à ce qui peut légalement y suppléer.

2. Le trésorier d'un syndicat forcé est-il éligible au Conseil général du département dans lequel se trouve son syndicat?

La question soumise au Conseil d'État était complexe, car, en fait, le syndicat dont il était question, était subventionné par le Conseil général et, comme le trésorier recevait un traitement, on a soutenu qu'il était un agent subventionné sur les fonds départementaux et qu'en vertu de l'art. 10 de la loi du 10 août 1871, il était inéligible. Le Conseil d'État a rejeté cette conclusion en se fondant sur ce que le Conseil général ne subventionnait pas directement le trésorier, mais n'avait de rapport qu'avec le syndicat; le trésorier, de son côté, touchait la subvention des mains du syndicat; il n'y avait donc aucun lien entre le Conseil général et le trésorier. Le raisonnement est bien un peu subtil; mais il y a sur ce point une jurisprudence constante.

Restait la question de principe. Le trésorier d'un syndicat n'est-il pas un comptable employé à l'assiette et à la perception des contributions publiques? N'est-il pas au moins un agent employé au paiement de dépenses publiques et en cette qualité inéligible? (art. 8, § 13, Loi du 10 août 1871). M. le commissaire du gouvernement Marguerie concluait pour l'affirmative en faisant remarquer que les taxes, perçues par les syndicats forcés, sont assimilées, par la loi elle-même, aux contributions directes (art. 26, Loi du 21 juin 1865). Chaque année la loi du budget autorise la perception de ces taxes et l'emploi des deniers qu'elles produisent; c'est donc là une dépense publique.

Le Conseil d'État (arrêt du 25 mars 1887; Rec. p. 272) a cependant admis l'éligibilité du trésorier par le motif que les



taxes, perçues par lui, ne sont pas de véritables contributions publiques; la loi ne les assimile aux contributions qu'à un point de vue très restreint, au point de vue des procédés de recouvrement, et on ne peut généraliser cette assimilation. Quant aux dépenses payées par le trésorier, elles le sont dans l'intérêt privé du syndicat et non dans l'intérêt public, ce ne sont donc pas des dépenses publiques.

Cette décision pourrait être invoquée par ceux qui pensent que les associations syndicales, autorisées ou forcées, sont des établissements d'utilité publique et non des établissements publics. La question ne paraît pas avoir été posée en termes exprès; mais si le Conseil d'État avait cru que les associations syndicales sont des établissements publics, il n'aurait pas jugé que les dépenses de ces syndicats ne sont pas des dépenses publiques. Nous ne voulons pas reprendre la discussion de cette question qui a été examinée, il y a peu de temps, dans cette revue, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation qui refusait aux associations syndicales, le caractère d'établissement public<sup>1</sup>.

(c) *Calcul du délai des protestations.* — 1. En l'absence d'un recensement général des votes, dans les élections où il y a plusieurs bureaux, quel est le point de départ du délai dans lequel doivent être faites les protestations, à peine de déchéance?

La question nous paraît délicate. Les textes en effet font courir les délais du jour de l'élection sans se préoccuper du recensement général (art. 15, § 2, loi du 10 août 1871 modifié par la loi du 31 juillet 1875. — Art. 37, § 2, loi du 5 avril 1884). Mais s'il n'y a pas de recensement général, quand il y a plusieurs bureaux, il n'y a pas non plus de proclamation de candidat élu. Et alors, comment comprendre une protestation, puisque les intéressés ne connaîtront pas le résultat de l'élection? La difficulté s'est présentée devant le Conseil d'État à l'occasion d'une élection au Conseil général. Le bureau d'un chef-lieu de canton s'était séparé sans avoir procédé au recensement général des votes, par suite du retard apporté à la transmission du procès-verbal d'une commune. Aucun candidat n'avait été proclamé élu; mais en fait un candidat, qui croyait avoir obtenu la majorité,

<sup>1</sup> Année 1887, p. 545.

siégea immédiatement au Conseil général dont il fut même nommé président. Quelques électeurs, dans les 10 jours de l'élection, en demandèrent l'annulation en se fondant sur divers actes de pression et d'intimidation. Deux mois après cette première demande, les mêmes électeurs relevèrent contre l'élection le grief tiré de ce que le candidat, qui se croyait élu, n'avait pas en réalité obtenu la majorité. Ce grief était-il recevable?

Evidemment non s'il fallait appliquer ici la lettre de la loi, car le grief n'avait été produit que plus de 10 jours après l'élection. M. le commissaire du gouvernement, tout en admettant que le délai ne devait pas courir du jour de l'élection, à raison de l'absence de recensement général officiel, concluait cependant contre la recevabilité du grief par le motif que les protestataires avaient laissé passer plus de 10 jours sans réclamer, depuis le moment où ils avaient su que le candidat avait pris possession de son siège au Conseil général. Dans son opinion, à défaut de recensement général des votes, on devait, pour faire courir les délais du recours, se référer à la possession d'état de conseiller général, laquelle résulte notamment de la participation du candidat aux travaux de ce conseil. Ce système aurait pour avantage de ne pas laisser trop longtemps ouverts les recours en matière électorale et à ce point de vue il est conforme à l'esprit général de notre législation. Mais il faut bien reconnaître qu'il crée une déchéance en dehors du texte. Si l'on ne se résigne pas à compter le délai à partir du jour de l'élection, tout autre point de départ est arbitraire et illégal. Il est d'ailleurs fort possible qu'on ne connaisse le nombre exact des voix obtenues par chaque candidat que plus de dix jours après que la possession d'état de conseiller général serait acquise; et c'est précisément ce qui était arrivé dans le cas que nous examinons. Nous croyons que le seul point de départ légitime du délai de déchéance est le jour de la proclamation régulière des résultats de l'élection par le bureau chargé du recensement général des votes. Cette solution ne peut avoir en pratique de graves inconvénients puisque l'administration aura toujours le moyen de provoquer cette proclamation.

Le Conseil d'État a profité des circonstances de l'affaire pour

éviter de s'engager définitivement sur la question de principe. Il a admis le grief, mais en se fondant sur ce que la protestation régulière, dont il était saisi dans l'espèce, l'appelait de plein droit, à défaut de recensement, à vérifier si la majorité avait été obtenue. (Arrêt du 7 janvier 1887, Rec., p. 7).

2. Une difficulté de même nature se rencontre dans l'hypothèse suivante. Le bureau, chargé du recensement général, déclare qu'il y a ballottage et l'on procède à un deuxième tour de scrutin. Un candidat, qui se prétend élu au premier tour, se pourvoit régulièrement contre la décision du bureau de recensement, pour faire proclamer son élection et pour faire annuler en conséquence les résultats du deuxième tour de scrutin. Le candidat, élu à ce deuxième tour, a-t-il le droit de protester contre les opérations électorales du premier tour, même si depuis le premier tour il s'est écoulé plus de 5 jours en cas d'élections municipales, ou plus de 10 jours en cas d'élections départementales ?

La solution négative serait bien rigoureuse et aurait pour résultat de supprimer presque toujours, dans cette hypothèse, le droit de protestation qui appartient aux électeurs. Qui peut en effet penser à demander la nullité d'une élection qui n'existe pas ? Confiants dans la déclaration de ballottage, les électeurs tourneraient leurs efforts vers les opérations du deuxième tour de scrutin et n'auraient pas l'idée de critiquer les opérations du premier tour qui ne préjudicient en rien à leurs intérêts électoraux. Et lorsque la possibilité d'une élection, résultant du premier tour, commencerait à se dessiner, il serait trop tard pour protester.

Le Conseil d'État, à l'occasion d'élections au Conseil général, a, dans deux arrêts du 25 mars 1887 (Rec. p. 269 et 271), admis la recevabilité des protestations, dirigées contre les opérations du premier tour, bien que plus de 10 jours se fussent écoulés depuis ce premier tour. Mais sa doctrine n'est pas nettement exposée; il s'est borné à déclarer : que la déchéance ne saurait être encourue par ceux dont l'intérêt ne peut naître avant l'expiration du délai légal.

Cela n'est pas très explicite, et ne nous dit rien sur le point

de savoir si aucun délai n'est applicable dans notre hypothèse. Dans les espèces jugées, c'était le candidat, élu au deuxième tour, qui protestait contre les opérations du premier tour, et cette protestation était pour lui comme une sorte de défense, à la demande en nullité formulée contre sa propre élection; il n'y avait donc pas à se demander jusqu'à quel moment il pouvait se servir de ce moyen de défense. Mais la situation serait toute autre, si la protestation contre les opérations du premier tour émanait d'un tiers électeur; et nous croyons que cela est possible d'après les observations que nous avons présentées ci-dessus. Jusqu'à quel moment les tiers peuvent-ils protester? Faut-il dire que dès qu'un recours est dirigé contre la déclaration de ballottage et qu'il devient par suite possible qu'un candidat soit proclamé élu, à la suite du premier tour de scrutin, les électeurs, ayant désormais intérêt à agir, doivent le faire et que le délai de déchéance court contre eux? Mais le plus souvent les électeurs ignoreront l'existence du recours qui n'est soumis à aucune publicité. Il faudrait tout au moins ne faire courir le délai que du jour où le protestataire a eu connaissance du recours; ce seraient alors des questions de fait presque insolubles. Nous préférons décider que toute protestation est recevable jusqu'au jugement sur la déclaration de ballottage, car si on reconnaît que le point de départ du délai n'est pas soumis à la règle ordinaire, il n'y a plus aucun texte qui permette de créer une déchéance; l'autorité de la chose jugée peut seule arrêter les protestations.

## II. — POUVOIRS DU TRIBUNAL DES CONFLITS.

1. Une jurisprudence, établie depuis longtemps, autorise le tribunal des conflits à annuler les décisions judiciaires qui lui sont soumises et qui, sans être entachées d'incompétence, constituent cependant des excès de pouvoir. Le cas le plus fréquent d'application de cette jurisprudence se rencontre lorsque le tribunal judiciaire, en rejetant le déclinatoire proposé par le préfet, en sa qualité de représentant de l'autorité administrative, condamne le préfet aux dépens. Il est admis que le préfet, dans cette hypothèse, ne peut pas être condamné aux dépens et que le jugement qui l'y condamne peut et même doit être annulé par le

juge des conflits lorsqu'il confirmera l'arrêté de conflit. Ces solutions ne sont certes pas incontestables, mais elles sont admises depuis si longtemps qu'il devient inutile de les contester. Il faudrait, tout au moins, ne pas aller trop loin dans cette voie, ce que nous semble faire l'arrêt du tribunal des conflits du 22 janvier 1887 (Rec. p. 73) qui annule un jugement, tout en déclarant irrecevable l'arrêté de conflit.

Voici les faits : Le préfet du département de Constantine revendiquait pour l'autorité administrative un litige pendant devant le tribunal civil de Batna ; il présenta son mémoire en déclinatoire, puis, sans attendre la décision du tribunal, il prit l'arrêté de conflit. Le tribunal rejeta le déclinatoire et condamna le préfet aux dépens. Le tribunal des conflits annule l'arrêté de conflit, comme élevé prématurément, et en même temps il annule aussi la condamnation aux dépens prononcée contre le préfet. Il nous semble qu'il y a contradiction. Puisque l'arrêté de conflit est annulé, le tribunal des conflits n'est plus saisi et dès lors comment peut-il décider quoi que ce soit ? Quel que soit l'excès de pouvoir que commette un tribunal judiciaire il est bien certain que le tribunal des conflits ne peut instruire d'office ; il faut que son intervention soit provoquée par l'autorité compétente, agissant dans les formes légales. On pourrait faire observer encore que lorsque l'arrêté de conflit est annulé, même pour un vice de forme, rien ne prouve qu'il ne dût pas l'être aussi au fond. Il n'est donc pas certain que l'autorité judiciaire ait empiété sur le domaine administratif et que le tribunal des conflits ait le droit d'intervenir. La doctrine, admise implicitement par l'arrêt que nous critiquons, conduit à cette conséquence : que l'administration, en élevant un conflit, même mal fondé, pourra faire statuer par le tribunal des conflits sur les excès de pouvoir qu'elle reprochera aux tribunaux judiciaires, de sorte que ceux-ci seront soustraits à leur régulateur naturel qui est la Cour de cassation. L'arrêté de conflit deviendra un moyen de changer l'ordre et la nature des juridictions établies par la loi.

On objectera peut-être qu'il y a intérêt à faire annuler le plus économiquement possible la décision illégale du tribunal judiciaire ; si l'on refuse au tribunal des conflits le droit d'annulation,

il faudra s'adresser à la Cour de cassation, c'est un procès à recommencer, des dépenses nouvelles et des pertes de temps. La considération a une certaine valeur, elle ne devrait pourtant pas prévaloir sur les principes. On peut aussi se trouver en présence d'intérêts assez graves pour que la dépense ni le temps perdu ne soient des obstacles sérieux. Et spécialement, en ce qui concerne les dépens, si le jugement qui condamne le préfet est en premier ressort, l'intervention du tribunal des conflits n'est d'aucune utilité, car il faut bien mettre les dépens à la charge de quelqu'un et comme le tribunal des conflits est incompétent pour cela, on sera obligé de revenir quand même devant le tribunal judiciaire; et alors il serait tout aussi simple de faire appel.

2. A un autre point de vue l'arrêt du 22 janvier 1887 est remarquable par la rigueur avec laquelle il exige que le préfet, avant de prendre l'arrêté de conflit, attende la décision que le tribunal judiciaire rendra sur le déclinaire d'incompétence. Dans l'espèce jugée, la décision du tribunal et l'arrêté de conflit étaient du même jour; on ne pouvait donc affirmer que l'arrêté fût antérieur au jugement, peut-être même était-il postérieur; mais il était certain que le préfet avait pris l'arrêté, sans avoir connaissance du jugement; et cela a suffi au tribunal des conflits pour prononcer la nullité de l'arrêté. On pourrait croire, à la simple lecture de l'arrêt, que cette décision est spéciale à l'Algérie, car il vise l'art. 7 du règlement du 30 décembre 1848 relatif à l'Algérie; mais cet article est la copie absolument identique de l'art. 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828. La même solution devrait donc être admise dans la métropole.

### III. — RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR.

(a) *Délai.* — On sait que, dans ces dernières années, le Conseil d'Etat, abandonnant sa jurisprudence antérieure, avait décidé que le délai de trois mois, dans lequel le recours pour excès de pouvoir doit être, à peine de déchéance, formé devant lui, devait s'appliquer même au cas où ledit recours était porté devant le supérieur hiérarchique. Cette nouvelle jurisprudence a été vivement critiquée, mais ces critiques ne paraissent pas avoir touché

le Conseil, car dans un arrêt du 14 janvier 1887 (Rec. p. 43) il a maintenu sa manière de voir.

L'*Union des Gaz* avait demandé au préfet du Gard l'autorisation d'installer de nouvelles conduites de gaz sous une route nationale. Le préfet accorda l'autorisation, mais en imposant l'obligation de payer une redevance. L'*Union des Gaz* se pourvut devant le ministre des travaux publics pour faire modifier la décision du préfet plus de trois mois après la notification de cette décision. Le ministre rejeta le pourvoi. L'*Union des Gaz* s'adressa alors au Conseil d'État dans les trois mois de la notification de la décision ministérielle.

Le recours est déclaré irrecevable : « Si le recours pour excès de pouvoir peut être au gré des parties intéressées formé directement devant le Conseil d'État ou préalablement porté devant le supérieur hiérarchique de l'autorité dont la décision est attaquée, ledit recours ne saurait être affranchi dans le dernier cas du délai de trois mois qui lui est imposé lorsque le Conseil d'État en est directement saisi..... Le mode de procéder choisi par la partie intéressée n'a pu avoir pour effet de proroger le délai pendant lequel elle pouvait se pourvoir par la voie contentieuse. »

La nouvelle doctrine est franchement exposée, et en des termes tels, qu'ils font croire qu'elle s'applique à tous les recours contentieux.

Le raisonnement du Conseil d'État serait irréfutable s'il existait un texte qui décidât que tout recours pour excès de pouvoir doit être formé dans le délai de trois mois, et un autre texte qui définit le recours pour excès de pouvoir de telle façon qu'il fût certain que le recours au supérieur hiérarchique est une forme du recours pour excès de pouvoir. Mais ces textes n'existent pas et l'art. 11 du décret du 22 juillet 1806 sur lequel s'appuie le Conseil d'État ne dit qu'une seule chose : c'est que, quand on s'adresse à ce conseil, le délai de trois mois est obligatoire. Il est difficile d'en conclure que le délai est obligatoire, aussi quand on s'adresse à d'autres autorités. La nouvelle doctrine du Conseil d'État n'a donc aucun fondement juridique ; c'est une création de la jurisprudence.

Il n'y a rien là d'anormal en notre matière et nous croyons que cette création est utile. Il était en effet peu raisonnable de ne soumettre à aucun délai les recours portés devant le supérieur hiérarchique, lorsque ces recours ouvraient l'accès au Conseil d'État; les parties conservaient le droit de saisir ce tribunal malgré toutes les déchéances encourues; elles pouvaient toujours remettre en question des actes, existant depuis longtemps, sur le fondement desquels des droits et des intérêts s'étaient établis. Il fallait donc combler cette lacune. Observons cependant que pour aboutir à un résultat logique, le Conseil d'État devra exiger le délai de trois mois non seulement pour commencer le recours, mais encore pour passer d'une autorité à une autre quand plusieurs juridictions pourront être saisies successivement. Ainsi, si l'on veut recourir pour excès de pouvoir contre l'arrêt d'un maire, il faut que le délai de trois mois soit imposé non seulement pour le recours au préfet, mais encore pour le recours au ministre contre la décision du préfet; ce dernier délai ne commencerait à courir que du jour de la notification de la décision du préfet.

Au point de vue pratique on a adressé à la nouvelle jurisprudence bien des reproches qui nous paraissent injustes. Ainsi, l'annotateur de notre arrêt, dans le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* de MM. Panhard et Hallays-Dabot, prétend que cette jurisprudence aboutit, dans certaines hypothèses, à des conséquences inadmissibles; mais les exemples qu'il donne ne nous ont pas convaincu.

Il suppose qu'un recours est formé devant le supérieur hiérarchique, plus de trois mois après la notification de l'acte attaqué, et que le supérieur, en statuant sur ce recours, commet un excès de pouvoir, qui ne se trouve pas dans la première décision, il se demande alors ce que doit faire le Conseil et conclut ainsi : Si le Conseil admet le recours contre la nouvelle décision, il apporte une exception à sa théorie; s'il le repousse, il prive les intéressés du droit de recourir contre un excès de pouvoir, dont ils sont victimes, et contre lequel ils n'auront jamais pu se pourvoir. Ou contradiction, ou déni de justice, on ne peut sortir de ce dilemme.

Pour répondre à cette observation nous demandons à distinguer



deux hypothèses : 1<sup>o</sup> La deuxième décision ne fait que confirmer la première. Nous pensons alors que le recours n'est pas possible contre cette deuxième décision quelque excès de pouvoir qu'elle contienne; les parties n'y ont aucun intérêt puisque c'est la première décision qui s'exécute. L'excès de pouvoir commis par le supérieur ne cause donc aucun dommage aux parties privées, et le refus de recevoir leur recours n'est pas un déni de justice mais seulement l'application de cette règle générale que quand il n'y a pas d'intérêt il n'y a pas d'action. — 2<sup>o</sup> Le supérieur infirme la décision de son inférieur. L'excès de pouvoir qu'il commet cause alors un préjudice aux parties en cause et nous croyons que le recours sera possible, mais ce n'est pas une contradiction avec ce qui est dit plus haut, car puisque l'excès de pouvoir n'existait pas encore, il n'a jamais pu être question de déchéance. Sans doute, cet excès de pouvoir va permettre aux parties de former un recours qu'elles n'auraient pas eu sans lui, mais il nous semble que c'est là l'effet ordinaire de l'excès de pouvoir et qu'il n'y a pas à s'en étonner.

On peut, il est vrai, se demander si, dans l'hypothèse que nous examinons, c'est-à-dire lorsque le supérieur n'est saisi que plus de trois mois après la notification de la décision de son inférieur, ce supérieur peut encore statuer sur le recours formé devant lui. Mais ceci est une autre question, c'est la question dont nous avons déjà parlé ci-dessus, quand nous faisons observer que, pour être logique, le Conseil d'État doit imposer le délai de trois mois aux diverses autorités qui peuvent être saisies successivement. L'annotateur du *Recueil* paraît admettre ce point de vue, mais c'est pour en faire un nouveau grief contre la doctrine du Conseil d'État. Le supérieur, dit-il, ne pourra pas statuer; s'il statue, sa décision sera entachée d'une nullité d'ordre public; mais cependant le recours au Conseil d'État ne sera pas recevable: de telle sorte que par une seule et même cause le même recours serait à la fois fondé et non recevable.

Cette critique nous paraît inexacte; et nous pensons qu'aucun principe ne s'oppose à ce que le Conseil d'État admette le recours contre la décision du supérieur, annule cette décision, et fasse revivre celle de l'inférieur laquelle ne pouvait plus être sou-

mise à un recours contentieux. Ce résultat est tout à la fois très juridique et très rationnel.

(b) *Recours direct.* — Nous relevons dans un arrêt du 26 janvier 1887 (Rec. p. 76) une application de l'idée que le recours pour excès de pouvoir ne doit pas être porté directement devant le Conseil d'État s'il est dirigé contre la décision d'une autorité pour laquelle la loi a fixé une compétence spéciale.

Un sous-préfet avait refusé d'inscrire sur le tableau de recensement d'un canton un conscrit qui en avait fait la demande; celui-ci se pourvut en Conseil d'État. Mais sa demande fut rejetée parce qu'il fallait d'abord la porter devant le Conseil de révision.

Dans cette affaire la question se présenta de savoir si un avocat peut assister les parties devant un Conseil de révision. Le commissaire du gouvernement, dont les fonctions sont remplies, devant ces conseils, par un fonctionnaire de l'intendance militaire, contesta la légalité de l'intervention de l'avocat. Le Conseil admit cependant l'avocat à présenter ses observations, mais inséra, dans le procès-verbal de la séance, la mention que l'avocat n'avait été entendu qu'à titre purement gracieux.

Le Conseil d'État n'a pas eu à se prononcer sur cette question. Nous croyons que les scrupules du commissaire du gouvernement n'avaient aucun fondement. En effet l'art. 4 de l'ordonnance du 27 août 1830 donne aux avocats le droit de plaider devant tous les tribunaux et la jurisprudence interprète ce texte très largement en l'appliquant non seulement aux tribunaux judiciaires mais même aux juridictions administratives. Il faudrait donc, pour écarter les avocats des Conseils de révision, une disposition spéciale qui n'existe pas; bien au contraire l'art. 23 de la loi du 27 juillet 1872, sur le recrutement de l'armée, réglant la procédure des Conseils de révision, donne aux justiciables de ces Conseils le droit de se faire représenter. Puisqu'on peut recourir à un mandataire ordinaire, à *fortiori* doit-on pouvoir faire appel à un avocat. Nous pouvons invoquer à l'appui de notre raisonnement, l'arrêt du Conseil d'État du 5 mars 1886 dont il a été rendu compte dans cette *Revue*<sup>1</sup> et dans lequel il est décidé que la loi du 21 juin 1865, en autorisant les parties à

<sup>1</sup> Année 1886, p. 545.

présenter devant le Conseil de préfecture leurs observations soit en personne, soit par mandataire, ne fait pas obstacle à ce que les avocats exercent leur ministère devant cette juridiction.

(c) *Recours incident.* — Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable sous la forme de conclusions incidentes prises dans le cours d'une instance ayant un autre objet (Cons. d'État, 11 février 1887. — Rec. p. 134).

Un arrêté du préfet de la Gironde déterminait les limites du lit de la Devèze, dont le curage avait été ordonné par des actes antérieurs. Un deuxième arrêté postérieur fixait une somme pour la part contributoire d'un riverain aux dépenses de ce curage. Ce riverain avait déjà formé, devant le ministre, contre le premier arrêté, un recours qui avait été rejeté; il se pourvut alors contre le deuxième arrêté et porta son pourvoi directement devant le Conseil d'État. C'est pendant l'instruction de cette demande qu'il déposa au greffe du Conseil d'État un mémoire en réplique dans lequel il concluait à ce qu'il plût au Conseil annuler pour excès de pouvoir le premier arrêté préfectoral et la décision ministérielle qui l'avait confirmé. Le Conseil a rejeté cette demande par ce seul motif qu'un recours pour excès de pouvoir ne peut pas être introduit sous la forme de conclusions incidentes.

Nous constatons cette décision, mais nous avouons ne pas comprendre sur quel principe elle est fondée et nous regrettons que les considérants de l'arrêt soient absolument muets sur le fondement juridique d'une pareille doctrine. Qu'on ne puisse pas présenter sous forme de demande incidente un recours qu'on ne pourrait plus former par voie principale, cela nous paraît fort logique, mais ce n'est pas ce que dit l'arrêt que nous critiquons. Dans l'espèce d'ailleurs la demande incidente servait d'appui à la demande principale, nous ne voyons donc aucun motif de lui opposer *à priori* une fin de non recevoir.

#### IV. — CULTES.

(a) Lorsqu'un instituteur communal adjoint, membre d'une congrégation religieuse, commet un délit, dans l'exercice de ses fonctions, la congrégation est-elle responsable?

Il s'agit de la responsabilité que l'art. 1384 C. civ. fait peser sur les commettants pour les actes de leurs préposés. L'art. 34 de la loi du 15 mars 1850 dit que les instituteurs communaux adjoints, appartenant aux associations religieuses, sont nommés et peuvent être révoqués par les supérieurs de ces associations. Faut-il conclure que l'instituteur communal adjoint, membre d'une congrégation, doit être considéré comme le préposé de la congrégation? Une circulaire ministérielle du 13 mai 1861 exige, il est vrai, que la nomination soit agréée par le préfet, mais cet agrément du préfet n'est qu'une mesure de police qui laisse subsister le droit de nomination et de révocation expressément donné par la loi à la congrégation.

Le tribunal de Marseille et, sur appel, la Cour d'Aix avaient admis que ces considérations suffisaient pour faire prononcer la responsabilité de la congrégation. Mais la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'Aix (Cass. 25 octobre 1886. — Dal. 87. 1. 225). Elle décide que le droit de nomination et de révocation ne suffit pas pour faire naître la responsabilité, il faut encore le droit de surveillance et de direction pendant la durée des fonctions, car on ne peut être responsable de la manière dont une personne exerce ses fonctions que si on a une action sur elle, pour la diriger, quand elle est en fonction. Il faut donc prouver que les supérieurs religieux continuaient d'avoir le pouvoir légal de donner des ordres et des instructions aux instituteurs adjoints. Ce pouvoir existe-t-il? Dans l'affaire dont nous faisons le compte-rendu la question n'a été tranchée ni par le tribunal de Marseille ni par la Cour d'Aix; la Cour de cassation n'avait donc pas non plus à la résoudre.

L'institut des frères des écoles chrétiennes, qui était en cause, soutenait que ce pouvoir n'existait pas, car les règlements de la matière donnaient au préfet seul le droit de surveiller et de diriger le personnel des écoles communales. Cependant le droit de révocation formellement inscrit dans la loi de 1850 nous inspirerait quelques doutes. Ces doutes ne seront plus possibles à l'avenir car l'art. 61 de la loi du 30 octobre 1886 abroge les deux premiers titres de la loi de 1850; l'art. 34 de cette loi qui est dans le titre II ne pourra donc plus être invoqué. La révoca-

tion est aujourd'hui, dans tous les cas, prononcée par le préfet (art. 31, loi du 30 octobre 1886). Donc pour tous les faits postérieurs à la promulgation de la loi de 1886 l'irresponsabilité des congrégations est certaine, au moins dans l'opinion de la Cour de cassation que nous adoptons entièrement.

(b) A qui appartiennent les biens restitués aux fabriques des paroisses catholiques par l'arrêté des consuls du 7 thermidor an XI ?

La ville de Paris a fait soutenir que ces biens appartenaient à l'État. La loi des 13-14 brumaire an II a formellement classé les biens des fabriques parmi les biens nationaux et aucun autre texte législatif n'est venu modifier la situation juridique de ces biens. L'arrêté consulaire de l'an XI n'est qu'un acte du pouvoir exécutif et n'a pu modifier la situation créée par la loi de brumaire. D'ailleurs, cet arrêté n'a pas voulu transférer aux fabriques la propriété des biens qu'il se contentait de mettre à la disposition de ces établissements publics; c'est une mesure emportant affectation des biens à un service public et non un acte d'aliénation.

Le Conseil d'État (1<sup>er</sup> avril 1887. — Rec. p. 278) appelé à interpréter le sens de l'arrêté de l'an XI y a vu au contraire, et à juste titre, un acte d'aliénation; si les termes de cet arrêté ne sont pas très explicites, l'intention du gouvernement s'est manifestée plus clairement dans les actes postérieurs qui ont complété et développé l'arrêté de l'an XI et il paraît incontestable que le gouvernement a voulu restituer aux fabriques la propriété des biens qu'on leur avait enlevés pendant la période précédente.

Mais le gouvernement avait-il le droit de faire cette restitution? Le Conseil d'État saisi seulement d'une demande d'interprétation formée par l'autorité judiciaire devait se renfermer dans la question qu'on lui posait; il a donc interprété les actes qui lui étaient soumis sans s'occuper de leur légalité. Cette légalité est fort douteuse. Comment le gouvernement aurait-il pu, par un simple arrêté, abandonner la propriété de biens qu'une loi déclarait biens nationaux? Les lois des 15 et 16 floréal an X permettaient sans doute au gouvernement d'aliéner les biens nationaux, sans autorisation spéciale du pouvoir législatif, mais elles n'au-

torisaient que des aliénations à titre onéreux et par la voie de l'adjudication. La loi du 18 germinal an X n'est pas plus favorable aux pouvoirs du gouvernement; elle ordonnait la restitution de certains biens : dans art. 72 restitution des presbytères; dans art. 75 restitution des édifices destinés au culte; mais nulle part elle n'autorise la restitution des biens des fabriques; ces établissements ne sont mentionnés que dans l'art. 76 qui se contente de dire : qu'il sera établi des fabriques pour veiller à la conservation et à l'entretien des temples, à l'administration des aumônes.

Notre conclusion serait donc que la restitution faite en exécution de l'arrêté du 7 thermidor an XI était illégale et n'a pu transférer par elle seule aux fabriques la propriété des biens qu'on leur rendait.

Mais la prescription a pu consolider le titre imparfait qu'avaient les fabriques, car les biens qu'on leur restitua ne faisaient pas partie du domaine public.

#### V. — LIMITES DES POUVOIRS DU MAIRE EN MATIÈRE DE POLICE MUNICIPALE.

Une ordonnance du préfet de police a prescrit certaines dispositions auxquelles devront satisfaire les établissements de bains créés ou à créer dans la ville de Paris. Le syndicat professionnel des propriétaires d'établissements de bains, estimant que cette ordonnance portait une grave atteinte à leurs droits, s'est pourvu contre elle devant le ministre d'abord puis devant le Conseil d'État. M. le commissaire du gouvernement, Valabrègue, a fait remarquer que c'était la première fois qu'un syndicat professionnel se présentait devant le Conseil d'État pour soutenir les intérêts des professions qu'il représentait. C'est la loi du 21 mars 1884 qui a donné aux syndicats professionnels, régulièrement formés, la personnalité civile et la faculté d'ester en justice pour y défendre les droits et les intérêts de la profession en vue de laquelle ils se sont constitués. La seule formalité exigée pour leur création régulière est le dépôt à la mairie ou à la préfecture des statuts et des noms des administrateurs et directeurs qui tous doivent être français et jouir de leurs droits civils.

Le recours formé par le syndicat tendait à faire fixer la limite des pouvoirs du maire en matière de police municipale. L'arrêt

du Conseil d'État (25 mars 1887, Rec. p. 255) ne contient l'énonciation d'aucun principe nouveau, il n'est que la confirmation d'idées déjà admises, mais à raison du grand nombre de dispositions que contient l'ordonnance du préfet de police, il a été amené à statuer sur presque toutes les difficultés de la matière, de sorte qu'il donne une sorte de résumé de la jurisprudence sur la question. C'est surtout à ce point de vue que nous le signalons. Il impose aux pouvoirs du maire les quatre restrictions suivantes :

1° Le pouvoir réglementaire de l'autorité municipale doit s'arrêter devant les actes de l'autorité supérieure alors même qu'il s'agirait de prescriptions relatives à des matières qui rentrent naturellement dans ses attributions. Il est de principe en effet que l'autorité inférieure doit respecter les dispositions prises par l'autorité supérieure et aucune dérogation n'est faite à ce principe en faveur de la police municipale.

2° Le maire doit respecter la liberté du commerce et de l'industrie; il n'a pas le droit de réglementer l'exercice d'une profession quelconque; il ne peut et ne doit prendre que des mesures dictées par l'intérêt de la salubrité et de la sécurité publique ou du maintien du bon ordre. Ce sont en effet les limites que les termes mêmes de la loi imposent à ses attributions en cette matière (Loi du 5 avril 1884, art. 97). Les dispositions [des règlements de police municipale ne seront donc valables que si elles sont prises en vue des intérêts ci-dessus indiqués; ce sera quelquefois délicat à apprécier en fait. Le Conseil d'État est compétent pour contrôler l'usage que le maire fait de ses pouvoirs et il n'est pas tenu d'admettre comme exacts les motifs donnés par le maire.

3° Les mesures prescrites par l'autorité municipale ne peuvent rétroagir sur le passé; elles ne peuvent pas notamment modifier le régime et l'économie des propriétés ou des industries déjà existantes, car ce serait une atteinte au droit de propriété.

4° L'autorité municipale ne peut que fixer le but à atteindre; il ne lui appartient pas d'imposer aux intéressés un procédé plutôt qu'un autre; aucun texte ne lui donne ce droit. Les propriétaires et les industriels doivent donc être laissés libres de choisir le moyen qu'il leur convient d'employer pour obtenir le résultat exigé par les arrêtés municipaux.

## VI. — DOMAINE PUBLIC.

(a) Les autorisations d'établir sur le domaine public un ouvrage dépendant d'une propriété riveraine de ce domaine sont-elles personnelles à ceux qui les ont obtenues, ou bien profitent-elles à tous les propriétaires de l'établissement principal ?

La difficulté s'est présentée devant le Conseil d'État à l'occasion d'une poursuite pour contravention en matière de grande voirie. Le propriétaire d'une usine, riveraine d'un fleuve, avait construit une estacade sur ce fleuve, avec l'autorisation régulière de l'administration, puis il avait vendu son usine. L'acquéreur démolit l'estacade, mais il n'eut pas la précaution d'arracher les pieux qui étaient enfoncés dans le lit de la rivière. Procès-verbal fut dressé et la poursuite fut dirigée contre l'ancien propriétaire. Le ministre des travaux publics soutenait en effet que l'ancien propriétaire était seul responsable car c'était lui qui avait planté les pieux et qui, ayant été autorisé personnellement à les planter, devait veiller à ce qu'ils fussent maintenus dans les conditions de l'autorisation. Pour que sa responsabilité disparût vis-à-vis de l'administration il aurait fallu qu'il sollicitât et qu'il obtînt le transfert des actes d'autorisation au nom de son acquéreur. Mais tant que ce transfert n'avait pas été obtenu, l'administration ne connaissant que celui qu'elle avait autorisé, ne pouvait demander des comptes qu'à celui-là.

Le Conseil d'État n'a pas admis ce raisonnement qui nous paraît bien étrange. Il était certain en fait que la démolition de l'estacade était l'œuvre de l'acquéreur, que le vendeur y était resté complètement étranger ; à aucun titre d'ailleurs le vendeur n'était et ne pouvait être responsable d'une personne qui, en dehors des rapports tout spéciaux que la vente avait créés entre eux, lui était complètement étrangère. Aussi l'arrêt du 11 février 1887 (Rec. p. 149) met-il le vendeur hors de cause. Le Conseil ne se prononce pas expressément sur la doctrine soutenue par le ministre : à savoir que les autorisations étaient exclusivement personnelles à ceux qui les avaient obtenues, mais en rejetant la conclusion que le ministré tirait du principe, il paraît bien aussi rejeter le principe.

La doctrine ministérielle avait été combattue par le commis-



saire du gouvernement qui faisait observer que, l'autorisation sollicitée, en faveur d'une usine par exemple, et dans le but de créer une installation immobilière dépendant de l'établissement industriel, ne peut être considérée comme sollicitée en faveur du propriétaire actuel, mais en faveur de l'établissement sans considération de personnes. Lorsque l'administration statue sur ces demandes c'est une autorisation qu'elle donne à la propriété riveraine pour lui permettre d'user des avantages que procure la situation même des lieux. Les autorisations doivent donc profiter à tous les propriétaires successifs.

C'est bien en ce sens que le législateur lui-même a entendu les autorisations administratives dans l'art. 48 de la loi du 16 septembre 1807 où il ne mentionne que les établissements autorisés sans tenir compte de la personne de leur propriétaire.

Au point de vue pratique le système de la personnalité serait dangereux pour les industriels car il les soumettrait à la nécessité de former une demande nouvelle toutes les fois qu'il y aurait changement de propriétaire, et l'administration pourrait répondre par un refus contre lequel aucun recours contentieux ne serait possible car, en droit, ce serait un refus et non un retrait d'autorisation.

(b) L'autorité judiciaire est-elle compétente, dans un litige entre particuliers, pour ordonner la démolition de travaux exécutés sur le domaine public par une des parties en cause ?

La Cour de Bourges avait admis l'incompétence de l'autorité judiciaire d'une façon absolue. Son arrêt a été cassé (Cass. 20 juin 1887. — Dal. 87. 1. 273). La Cour de cassation a décidé que l'incompétence de l'autorité judiciaire dépendait de la nature des travaux en question et du caractère légal des droits que le demandeur invoquait.

Nous avons peine à comprendre l'importance que peut avoir le deuxième élément indiqué par la Cour de cassation. Quelle que soit la nature du droit invoqué par le demandeur, cela est absolument indifférent à la question de compétence. Qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit de créance, d'un droit de servitude ou de propriété, d'un droit né d'un contrat ou de tout autre fait juridique. Qu'importe? L'autorité judiciaire sera tou-

jours compétente puisque nous supposons le domaine public hors de cause et que le litige s'agit entre particuliers. La Cour de cassation voudrait-elle faire une distinction suivant que le défendeur a exécuté son travail avec ou sans autorisation? Cela encore est inexact, car l'autorisation administrative n'est qu'une mesure de police qui ne peut changer la compétence.

En ce qui concerne la nature de l'ouvrage à supprimer nous comprenons qu'il y ait quelque difficulté. Il paraît en effet certain que les tribunaux judiciaires ne peuvent ordonner la suppression d'un ouvrage établi sur le domaine public, lorsque cette suppression entraînerait une dégradation du domaine, ou plus généralement lorsqu'elle influencerait sur l'état matériel du domaine. La décision judiciaire empiéterait alors sur une matière réservée à l'autorité administrative qui seule a qualité pour veiller à la conservation matérielle des biens du domaine public. Mais si la suppression ordonnée par le tribunal judiciaire ne laisse aucune trace matérielle ne pourrait-on pas admettre que rien ne s'oppose à l'exécution du jugement? C'est probablement là ce que veut dire la Cour de cassation.

Nous objecterons que la compétence des tribunaux judiciaires dépendrait alors d'une question de fait, qui pourrait être résolue diversement par les deux autorités en présence et que des conflits seraient possibles; que d'ailleurs le fait même de décider que l'exécution d'un travail sur le domaine public ne causera aucun dommage matériel à ce domaine est un empiètement sur les attributions de l'autorité administrative, seule gardienne du domaine public, seule compétente pour dire ce qui peut nuire ou non à ce domaine. Nous concluons donc avec la Cour de Bourges que l'incompétence de l'autorité judiciaire dans notre hypothèse est absolue et existe dans tous les cas. Les tribunaux judiciaires ne peuvent qu'accorder des dommages-intérêts.

#### VII. — TRAVAUX PUBLICS.

(a) *Compétence en matière d'indemnité.* — L'art. 4 de la loi du 28 pluviôse au VIII décide en règle générale que toutes les demandes en indemnité, pour les dommages causés par l'exécution des travaux publics, doivent être portées devant les Conseils

de préfecture. La loi suppose que pour apprécier la responsabilité du constructeur du travail il faudra consulter les règlements administratifs, vérifier les instructions données par l'autorité supérieure, s'immiscer en un mot dans le fonctionnement d'une administration publique et c'est pour cela qu'elle a écarté l'autorité judiciaire. Mais lorsque la question soulevée par le demandeur ne paraît pas exiger l'examen d'actes administratifs, ne faut-il pas revenir à l'autorité judiciaire ? Puisque l'indépendance de l'administration n'est plus en cause pourquoi soustraire le litige à ses juges naturels ? Il a paru peu logique d'interpréter aussi largement la loi de pluviôse et tout le monde paraît à peu près d'accord pour admettre que les tribunaux judiciaires doivent être compétents dans certains cas ; mais lesquels ? Les théoriciens ne sont pas d'accord et la jurisprudence n'a pas encore trouvé sa formule définitive. Nous avons à signaler, relativement à cette difficulté, quelques arrêts récents.

1. Le tribunal des conflits, dans un arrêt du 17 avril 1886 (Dal. 87. 3. 97) a posé en principa que l'action en indemnité dirigée contre un agent de l'administration est de la compétence du conseil de préfecture par cela seul qu'aucune poursuite correctionnelle n'a été commencée contre cet agent. C'est la confirmation d'une jurisprudence qui avait été inaugurée notamment par un arrêt du 17 janvier 1880 (Dal. 80. 3. 105). S'il y avait une poursuite correctionnelle, l'autorité judiciaire deviendrait compétente non seulement pour l'application de la peine, mais aussi pour la fixation de l'indemnité.

L'explication théorique de cette idée est la suivante : s'il y a poursuite correctionnelle, c'est qu'il y a un délit, c'est-à-dire un fait de négligence ou d'imprudence que l'on peut apprécier sans avoir besoin de s'immiscer dans le fonctionnement de l'administration. C'est un litige personnel à l'agent et, l'autorité administrative étant désintéressée, il faut laisser le champ libre à l'autorité judiciaire.

Cette doctrine manque de logique, car les arguments qu'elle emploie tendent à faire admettre la compétence judiciaire toutes les fois qu'il y a une faute personnelle à l'agent, sans qu'on ait à se préoccuper de savoir s'il y a eu ou non poursuite correc-

tionnelle. L'existence d'une poursuite dépend du parquet, la compétence va donc aussi dépendre de lui, il pourra la modifier à son gré en poursuivant ou en ne poursuivant pas. Nous voulons bien croire à l'impartialité des officiers du ministère public, mais pourquoi les considérer comme infaillibles? Pourquoi leur appréciation qui ne lie pas le tribunal correctionnel, qui peut acquitter malgré la poursuite, lierait-elle le tribunal des conflits qui ne pourrait plus décider qu'un agent non poursuivi peut cependant avoir commis une faute? C'est à la nature même de l'acte reproché à l'agent qu'il faut s'attacher pour résoudre la question de compétence, et non à un accident de procédure. Pour établir une théorie rationnelle, il faudrait décider que les tribunaux judiciaires seront compétents, toutes les fois qu'ils pourront résoudre les questions de responsabilité, sans avoir à consulter les règlements des diverses administrations, ni les rapports des agents incriminés avec leurs inférieurs ou leurs supérieurs hiérarchiques.

2. Quelle est l'autorité compétente pour statuer sur les demandes d'indemnité formées par les ouvriers contre ceux qui les emploie?

Des distinctions sont nécessaires : trois hypothèses.

*Première hypothèse.* — L'ouvrier est employé par l'administration elle-même qui fait exécuter un travail en régie. Un arrêt du tribunal des conflits du 5 juin 1886 (Dal. 87. 3. 97) donne alors compétence à l'autorité judiciaire par ce seul motif que l'art. 4 de la loi de pluviôse n'a pas attribué au Conseil de préfecture la connaissance des contestations qui peuvent s'élever entre les ouvriers et l'administration qui les emploie. Le tribunal, il est vrai, restreint sa décision aux communes; mais c'est parce que le litige concernait une commune; son motif est général et s'applique à toutes les administrations. Ce serait là une restriction considérable apportée à la compétence du Conseil de préfecture, restriction qui n'aurait aucune base ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. De nombreux précédents existent en faveur de l'opinion contraire et l'arrêt même du 17 avril 1886; que nous venons d'examiner ci-dessus, admet la compétence du Conseil de préfecture pour une demande formée par un ouvrier contre l'administration qui l'employait.

La décision, dont nous rendons compte, serait inexplicable si on ne s'attachait qu'aux motifs donnés dans les considérants. Elle se comprend mieux si on examine les faits. L'ouvrier, qui réclamait, avait été blessé en extrayant des matériaux dans une gravière appartenant à la commune; ce n'est pas là un travail public, car la commune exploitait la gravière comme tout autre propriétaire eût pu le faire. Il est vrai que le gravier était en fait destiné à un travail d'utilité publique; mais l'éventualité de l'emploi ultérieur des matériaux extraits ne change pas le caractère du travail d'extraction; l'arrêt est donc bien rendu au fond, les motifs seuls sont inexacts.

*Deuxième hypothèse.* — L'ouvrier est employé par un entrepreneur de travaux publics; il peut alors réclamer une indemnité soit à l'État, soit à l'entrepreneur.

Les réclamations dirigées contre l'État sont certainement de la compétence du Conseil de préfecture; il n'y a plus aujourd'hui de doute sérieux sur ce point.

Quant aux réclamations dirigées contre les entrepreneurs, elles appartiennent aux tribunaux judiciaires, car il semble que l'esprit de la loi de pluviôse ne s'applique pas à elles. L'administration en effet n'est pas en causé et les rapports des entrepreneurs avec leurs ouvriers sont régis par les règles ordinaires du louage de service; il n'y a donc aucun motif de faire intervenir les juridictions administratives. C'est ce qu'admet d'une façon absolue l'arrêt du tribunal des conflits du 15 mai 1886 (Dal. 87. 3. 97) conforme d'ailleurs à la jurisprudence admise. Mais un arrêt du Conseil d'État du 7 août 1886 (Dal. 87. 3. 99) a admis la compétence du Conseil de préfecture dans un cas où la demande de l'ouvrier contre l'entrepreneur était fondée sur les conditions mêmes de l'exécution du travail et non sur un fait personnel à l'entrepreneur. Cette solution, quoique s'écartant de la doctrine généralement reçue, nous paraît cependant conforme à l'intention du législateur, qui a voulu enlever à l'autorité judiciaire la connaissance des litiges sur lesquels on ne peut statuer sans contrôler et critiquer les actes de l'administration.

Dans notre espèce ce sont bien les actes de l'administration que l'on critique, et non ceux qui sont personnels à l'entrepre-

neur; au fond, c'est la responsabilité de l'administration qui est en cause, et le fait qu'on s'est adressé à l'entrepreneur au lieu de s'adresser à elle ne doit pas pouvoir changer la compétence, il serait peu juridique d'admettre que l'ouvrier peut, en choisissant son adversaire, porter à son gré sa demande devant la juridiction qui lui convient, la nature de cette demande restant d'ailleurs la même; la séparation des pouvoirs est un principe d'ordre public auquel les volontés particulières ne peuvent se soustraire. Nous pensons donc que la décision du Conseil d'État doit être acceptée.

*Troisième hypothèse.* — L'ouvrier est employé par un concessionnaire de travaux publics. Ici encore, il peut réclamer soit contre l'administration soit contre le concessionnaire et les réclamations contre l'administration sont de la compétence du Conseil de préfecture; la situation est la même que quand il y a un entrepreneur.

Il n'y a de difficulté possible que pour les demandes formées contre le concessionnaire, car on pourrait être tenté de dire que le concessionnaire étant subrogé à l'administration, la compétence pour ces demandes est la même que si elles étaient formées directement contre l'administration. Il faut répondre que la subrogation du concessionnaire aux droits de l'administration n'est ni générale ni absolue, elle n'existe que dans la mesure où elle est nécessaire pour permettre l'exécution du travail concédé, mais elle est complètement inutile dans les rapports des concessionnaires avec les ouvriers qu'ils emploient. Dans ces sortes de rapports les concessionnaires doivent être traités comme des entrepreneurs; en principe donc les demandes de leurs ouvriers devront être portées devant l'autorité judiciaire (Trib. confl., 15 mai 1886. — Dal. 87. 3. 97). Nous appliquerions d'ailleurs à ces demandes la décision du Conseil d'État du 7 août 1886 dont nous parlions ci-dessus.

3. Une difficulté de compétence assez délicate se présente lorsqu'une voie ferrée emprunte, pour son établissement, le sol d'une route départementale ou vicinale. Deux questions peuvent alors être posées : 1° Une indemnité est-elle due au département ou à la commune pour les parties de route qui ont été incorporées à la voie ferrée? — 2° Les terrains dépendant de l'ancienne

route et qui sont restés sans emploi, les délaissés comme on les appelle, sont-ils la propriété du concessionnaire du chemin de fer ou doivent-ils être rendus à leur ancien propriétaire? Et pour chacune de ces questions quelle est l'autorité compétente?

1<sup>o</sup> *Des incorporés.* — Il semble qu'il n'y a ici qu'à appliquer les règles de l'expropriation; il y a en effet une cession amiable et le département ou la commune, pour réclamer le prix des terrains de l'ancienne route qui lui appartenait, doit s'adresser à l'autorité judiciaire et ce sera le jury d'expropriation qui sera compétent comme pour les autres propriétaires.

Ce point de vue n'a pas prévalu et la jurisprudence donne compétence à l'autorité administrative (Trib. confl., 3 juillet 1886. — Dal. 87. 1. 180). Et en effet il n'y a pas à proprement parler cession ni expropriation mais déplacement d'une voie de communication. Le département ou la commune ne sera pas privé, sans compensation, d'une partie du sol de son ancienne route, un tronçon nouveau sera substitué au tronçon incorporé à la voie ferrée, il le faut bien pour maintenir la continuité de la route. En fait donc la commune ou le département est toujours propriétaire de sa route, qui subit seulement un déplacement dans une partie de son parcours. Ce déplacement n'est d'ailleurs qu'une mesure administrative qu'il appartient au ministre des travaux publics de prendre dans l'intérêt général de la voirie. Si cette mesure cause un dommage aux départements ou aux communes, ce sera un dommage résultant d'un travail de modification de la voirie, c'est-à-dire d'un travail public; donc c'est le Conseil de préfecture qui doit en connaître.

On pourrait soutenir au fond que le département ni la commune n'ont droit à aucune indemnité, car les voies publiques sont établies dans l'intérêt général et peuvent toujours être modifiées en vue de cet intérêt par l'autorité compétente. Aucun droit ne peut appartenir à une commune ou à un département de faire obstacle à ces modifications soit directement, soit par la voie indirecte d'une demande d'indemnité. En pratique, le Conseil d'État accorde une indemnité aux communes ou aux départements lorsque la modification est la conséquence de l'établissement d'un chemin de fer et qu'elle a pour résultat d'allonger l'ancienne route

de façon à aggraver d'une façon notable la charge de l'entretien.

2° *Des délaissés.* — Que deviennent les terrains appartenant à l'ancienne route et qui en définitive restent sans emploi après l'établissement du chemin de fer et du nouveau tronçon de route ? Et quelle est l'autorité compétente ?

La décision appartient à l'autorité judiciaire (Cass. 23 février 1887. — Dal. 87. 1. 177). Il s'agit en effet d'une question de propriété privée; la décision ministérielle qui a permis le déplacement d'une portion de l'ancienne route a opéré le déclassement de cette portion et l'a mise en dehors du domaine public départemental ou communal, d'autre part cette portion n'est pas entrée dans le domaine de la voie ferrée, elle est donc la propriété privée soit du concessionnaire du chemin de fer soit du propriétaire de l'ancienne route, et comme aucun acte administratif n'est d'ailleurs en jeu il suit que l'autorité judiciaire est compétente.

Au fond la question est une question d'interprétation de volonté; la solution dépendra donc des circonstances spéciales de chaque affaire.

(b) Quelle est l'autorité compétente pour statuer sur les engagements pris par les particuliers de contribuer à l'exécution d'un travail public ?

S'il s'agit de prestations en nature ou de souscriptions en argent la compétence du Conseil de préfecture est unanimement admise; c'est, dit-on, un véritable marché de travaux publics. Le texte de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII n'est pas favorable à cette décision, car il ne déclare le Conseil de préfecture compétent que pour les litiges existant entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, et il nous paraît bien difficile de voir une entreprise de travaux publics dans le fait de souscrire une somme pour faciliter l'exécution d'un travail auquel on s'intéresse. La jurisprudence et la doctrine paraissent cependant définitivement fixées sur ce point.

L'accord n'existe plus si l'on suppose que le particulier a promis une cession de terrain avec ou sans condition; les uns affirment même dans ce cas la compétence de l'autorité administrative, car c'est toujours un marché de travaux publics et il n'y a



aucun motif de distinguer entre les souscriptions en argent et les cessions de terrains.

Les autres pensent que la convention existant alors entre le particulier et l'administration constitue en réalité une cession amiable d'un terrain nécessaire à l'exécution d'un travail public et que par suite le tribunal judiciaire est compétent d'après la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation.

Cette solution nous paraît incontestable, dans les cas où il y a en effet une expropriation, à la procédure de laquelle se rattache la cession consentie par le particulier. Mais si, en fait, il n'y a pas d'expropriation soit qu'on n'en ait pas besoin, soit que la procédure n'en soit pas encore commencée, peut-on encore invoquer la loi de 1841 pour donner compétence à l'autorité judiciaire? Une cession amiable d'un terrain soumis à expropriation est difficile à concevoir là où il n'y a pas d'expropriation. C'est ce que la Cour de cassation paraît avoir compris car, statuant sur cette hypothèse, et admettant la compétence judiciaire, elle renonce à s'appuyer sur la loi de 1841 et fonde sa décision sur cette considération : que la cession d'un terrain n'est pas un marché de travaux publics mais un contrat civil ordinaire (Cass. 18 janvier 1887. — Dal. 87. 1. 229). Seulement ce nouveau motif ne peut nous satisfaire ; ce n'est qu'une affirmation sans preuve. La Cour aurait dû dire quels sont, à son avis, les caractères constitutifs des marchés de travaux publics et sur quels textes ou quels principes elle fondait ses définitions. Elle aurait dû surtout expliquer comment elle a été amenée à ranger parmi les marchés de travaux publics, les souscriptions faites par les particuliers, alors qu'elle refuse d'y comprendre les cessions de terrains. Jusqu'à démonstration du contraire nous ne voyons pas de motif suffisant pour faire une distinction entre les deux opérations. Nous croyons qu'on eût pu dans les deux cas conclure en faveur de la compétence judiciaire en appliquant l'art. 4 de la loi de pluviôse dans son texte strict et sans extension ; mais si on veut étendre l'art. 4 aux souscriptions en argent il faut, pour être logique, l'étendre aussi aux cessions de terrains.

(c) *Compensation de la plus-value.* — 1. Une jurisprudence constante admet que la plus-value, résultant pour une propriété

de l'exécution d'un travail public, peut être, au moins sous certaines conditions, compensée avec les dommages causés par ce même travail. Mais on ne s'accorde guère sur le fondement juridique de cette compensation, et la question a son importance, puisque, de la solution qu'on lui donnera, dépend la détermination des conditions nécessaires à la possibilité de la compensation. Si l'on admet en effet que le principe de notre compensation se trouve dans l'art. 51 de la loi du 3 mai 1841 il faudra exiger les conditions indiquées par cette loi, on ne pourra donc compenser qu'une plus-value immédiate et spéciale et on ne tiendra aucun compte des augmentations de valeur qui seraient communes à plusieurs immeubles du même quartier.

Le Conseil d'État, sans se prononcer formellement sur le principe, n'admet pas la conséquence et n'exige pas la spécialité de la plus-value; la jurisprudence paraît même sur ce point définitivement établie et l'arrêt du 16 avril 1886 (Dal. 87. 3. 101) ne fait que confirmer les arrêts antérieurs. On peut tenir compte, dit cet arrêt, de toute plus-value directe et immédiate. Le Conseil d'État écarte donc dans notre hypothèse l'application de l'art. 51 de la loi du 3 mai 1841, sans d'ailleurs motiver sa décision. On pourrait dire que ce texte, dans sa lettre, n'est applicable qu'au jury statuant en matière d'expropriation et que ce n'est pas là notre cas. L'argument ne nous satisfait guère, car, entre le cas prévu par l'art. 51 de la loi de 1841 et celui que nous examinons, l'analogie est si grande, qu'il nous paraîtrait bien plus rationnel de raisonner par analogie que par *à contrario*. Nous aurons donc deux règles pour calculer l'influence que la plus-value doit exercer sur le montant de l'indemnité en matière de travaux publics : une règle applicable quand il y aura expropriation, et une autre règle, toute différente et bien moins favorable aux propriétaires, quand ils n'auront pas eu l'heureuse chance d'être expropriés.

Si nous devons laisser de côté l'art. 51 de la loi de 1841 quel est donc le principe applicable ici? On ne peut faire appel à la théorie de la gestion d'affaire car l'auteur du travail public, n'ayant pas l'intention de gérer les affaires particulières des propriétaires voisins du travail, ne peut être considéré comme un gérant.

M. Le Vavasseur de Précourt, à l'occasion de l'arrêt du 16 avril 1886, a soutenu qu'il n'était pas besoin de chercher, à la doctrine de la compensation de la plus-value avec les dommages, une autre base que l'art. 4 lui-même de la loi du 28 pluviôse an VIII. Le Conseil de préfecture est en effet chargé par ce texte de statuer sur les dommages provenant des travaux publics; or « le dommage résulte de la comparaison entre l'état ancien et l'état nouveau, et si dans l'état nouveau il y a une plus-value, cette plus-value a pour effet d'atténuer le dommage par la force même des choses, et sans qu'un texte spécial soit nécessaire elle est opposable au propriétaire. »

Le raisonnement est assez juste; seulement il n'est pas certain que le législateur se soit placé à ce point de vue; car si le droit d'estimer le dommage emportait nécessairement le pouvoir de tenir compte de la plus-value, l'art. 51 de la loi de 1844 serait restrictif des pouvoirs du jury d'expropriation, puisqu'il ne permet au jury de ne tenir compte de la plus-value, que dans des cas exceptionnels; or, les rédacteurs de la loi l'ont présenté comme extensif.

En tout cas si le raisonnement ci-dessus est admis il faut conclure que toute plus-value doit être prise en considération, car il n'y a aucun motif de faire des distinctions ou des restrictions.

Il ne sera donc pas nécessaire que la plus-value soit spéciale et sur ce point nous ne pouvons que nous en référer aux observations de M. Le Vavasseur de Précourt. Qu'on n'objecte pas, dit-il, qu'il est injuste de faire payer à un propriétaire, qui a éprouvé un dommage, une plus-value, que ne payera pas son voisin, qui en profite au même titre que lui, et qui n'a éprouvé aucun dommage. Nous répondons qu'on ne fait rien payer à ce propriétaire, qu'on se borne à évaluer, en tenant compte de toutes les circonstances, le dommage qu'il a éprouvé; et que, si le travail public enrichit son voisin, qui ne demande rien à l'administration il ne saurait s'en plaindre du moment que lui, qui réclame une indemnité, reçoit intégralement celle qui représente exactement le dommage subi.

Nous admettrons aussi que l'administration peut opposer la

plus-value même s'il s'agit d'un travail qui ne pourrait donner lieu à une demande d'indemnité. Il est en effet des travaux qui peuvent causer un préjudice à des propriétaires sans que ceux-ci puissent demander une indemnité parce que l'administration ne fait qu'user de son droit, par exemple lorsqu'elle rétrécit une voie publique. On a dit qu'il était alors équitable que les propriétaires qui sont tenus de subir sans se plaindre le dommage que leur occasionne un pareil travail, soient en revanche autorisés à profiter de l'avantage, s'il y en a, sans avoir à craindre la compensation. Nous répondons que cette sorte de lien que l'on veut établir entre le droit de demander une indemnité et l'obligation de supporter la compensation de la plus-value n'a aucune raison d'être et que la véritable iniquité consisterait à donner à un propriétaire une indemnité plus forte que le préjudice qu'il a souffert.

Mais si, sur ces deux points, la jurisprudence du Conseil d'État nous paraît conforme au principe qui lui sert de guide, il n'en est plus de même lorsque le Conseil exige, pour qu'on puisse tenir compte de la plus-value, que cette plus-value soit directe et immédiate. Il n'est pas bien facile tout d'abord de préciser le sens exact de ces qualificatifs et par suite l'étendue de la restriction qu'ils veulent indiquer; le Conseil n'a pas défini les termes qu'il emploie. M. le commissaire du gouvernement a bien donné des définitions; mais nous ne savons jusqu'à quel point sa doctrine est admise par le tribunal auprès duquel il est accrédité. La plus-value directe serait produite par un travail public exécuté aux abords même de l'immeuble; la plus-value immédiate serait actuellement réalisée, tangible et indépendante de tous travaux de raccordement à faire par le propriétaire.

Nous ne comprenons pas l'exigence de ces conditions. Le raisonnement développé ci-dessus nous porte à admettre que toute plus-value diminue de plein droit l'étendue du dommage pourvu que cette plus-value soit certaine et le fait qu'elle résulterait d'un travail exécuté à quelque distance de l'immeuble nous paraît insignifiant.

En résumé, si l'on ne veut pas appliquer ici l'art. 51 de la loi de 1841, il nous paraît logique qu'on tienne compte de toute

plus-value ; mais nous croyons qu'il serait plus juridique de s'en tenir à la règle admise en matière d'expropriation.

2. La compensation de la plus-value peut-elle être opposée par l'entrepreneur d'un travail public lorsqu'on lui demande une indemnité pour un dommage provenant de sa faute ou du fait de ses ouvriers ?

Le Conseil d'État a jugé la négative (arrêt du 21 janvier 1887. — Rec. p. 70) et avec raison ; l'entrepreneur ne peut bénéficier d'une plus-value dont il n'a pas fait les frais ; c'est l'État qui supporte les dépenses du travail, c'est donc lui seul qui peut invoquer la compensation, s'il y a lieu. Si les entrepreneurs pouvaient compenser la plus-value avec les dommages provenant de leur fait, il leur arriverait souvent de rejeter sur les tiers les difficultés de l'entreprise allant à l'économie et réalisant ainsi un profit injuste au détriment des tiers et sans aucun bénéfice pour l'administration.

BRÉMOND.

DE LA CONDITION DE L'ENFANT CONÇU APRÈS LA  
DISPARITION DU MARI DE LA MÈRE,

Par M. Léopold THÉZARD,

Doyen de la Faculté de droit de Poitiers, avocat à la Cour d'appel.

I. — Nous nous proposons de signaler une question qui, au moins dans une de ses branches principales, n'est devenue pratique que depuis le rétablissement du divorce, et qu'on peut ainsi formuler :

*L'enfant né d'une femme dont le mari est en état d'absence, lorsque la conception se place nécessairement après la disparition du mari, peut-il être valablement reconnu et légitimé par un père autre que le mari ?*

II. — Avant d'aborder l'examen direct de la question, il est utile de rappeler les divergences de la doctrine et de la jurisprudence sur deux autres points qui y touchent de près :

1° L'enfant dont la conception se place après la disparition constatée du mari, est-il placé sous la protection de la règle *is pater est*, jusqu'à ce qu'il y ait désaveu ?

2° Quelle est la situation de l'enfant qui a été déclaré comme né d'une femme mariée, mais sans indication de son mariage, et

d'un père autre que le mari, lorsque cet enfant a une possession conforme à l'acte de naissance ?

*Sur la première question* : Il y a une divergence à peu près absolue entre la jurisprudence et la doctrine.

La jurisprudence s'est affirmée à diverses reprises en ce sens que la légitimité des enfants conçus après la disparition du mari, mais inscrits comme nés de lui et de sa femme légitime, et investis d'une possession d'état conforme, ne peut être contestée qu'à la charge de rapporter la preuve du décès de l'absent. Ainsi a statué notamment un arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 1863, qui contient les motifs suivants :

« Attendu que l'absent, même après que son absence a été déclarée, n'est réputé ni mort ni vivant; que c'est à celui qui fonde sa demande sur la vie ou la mort de l'absent qu'il appartient de rapporter la preuve de ce fait; — Attendu, cela posé, que la demanderesse en pétition d'hérédité et en contestation d'état aurait dû établir comme fondement de son action que Martin Jourdain (le mari) était décédé à l'époque de la conception des défendeurs; — Attendu que la demanderesse n'ayant pas fourni cette preuve, c'est à bon droit que l'arrêt attaqué l'a déclarée non recevable à contester aux défendeurs la qualité d'enfants légitimes résultant de leurs actes de naissance et d'une possession conforme, et les a admis, au même titre que la demanderesse, à succéder à leur mère commune <sup>1</sup>. »

La plupart des auteurs décident en sens contraire <sup>2</sup>, et leur argumentation est ainsi résumée par MM. Aubry et Rau (§ 759, note 7) :

« Pour pouvoir invoquer une présomption légale, il faut avant tout établir les faits qui lui servent de base; et comme la maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* repose en fait sur l'existence du mariage au moment auquel l'enfant prétend placer sa

<sup>1</sup> Cass., 15 décembre 1863, S. 64. 1. 27; D. 64. 1. 153-154; — Dans le même sens, Toulon, 14 juillet 1827, S. 28. 2. 202; — Toulouse, 29 décembre 1828, S. 29. 2. 157; — Douai, 18 novembre 1862, S. 62. 2. 1; D. 62. 2. 25.

<sup>2</sup> Merlin, *Questions*, v° *Légitimité*, § 8; — Demolombe, t. II, n° 268; — Aubry et Rau, t. I, § 159, note 7; — Duranton, t. I, n° 239; — Demante, t. II, n° 43 bis.

conception, c'est à lui, qu'il soit demandeur ou défendeur dans la contestation, à rapporter la preuve de ce fait. Ce serait fausser l'application de cette maxime que de prétendre qu'il suffit à l'enfant de prouver que sa mère a été mariée à une époque quelconque, pour mettre à la charge de ceux qui contestent sa légitimité la preuve de la dissolution du mariage..... Les deux derniers arrêts, rendus depuis la publication de notre troisième édition (l'un de ces arrêts est celui de 1863), n'ont point ébranlé notre conviction. Ils confondent, à notre avis, des actions qu'il importe de distinguer soigneusement, savoir la contestation de légitimité et la contestation d'état, et ne tiennent pas compte, d'un autre côté, de la nécessité où se trouve toute personne qui invoque une présomption légale, de prouver les faits sur lesquels elle repose. Nous ajouterons que, si l'état des personnes n'est pas indivisible au point de vue de l'autorité de la chose jugée, il paraît cependant impossible d'admettre que le législateur ait entendu consacrer, en ce qui concerne les enfants de la femme d'un absent, un système qui, en permettant de leur dénier tout droit à l'envoi en possession des biens de ce dernier, comme n'ayant pas été conçus à l'époque de sa disparition et de ses dernières nouvelles, les autoriserait à se présenter comme enfants légitimes, à la succession de leur mère ou de toute autre personne. Nous hésitons d'autant moins à repousser une pareille doctrine qu'elle conduit à des conséquences que repousse le sens moral, et qui lèseraient de la manière la plus grave l'intérêt légitime des familles. »

*Sur la seconde question* : quelques arrêts avaient admis que l'enfant inscrit sur les registres de l'état civil comme né d'une femme mariée, mais désignée sans indication de son mariage, et d'un homme autre que le mari, et qui avait la possession conforme, ne pouvait réclamer la qualité d'enfant légitime du mari <sup>4</sup>.

En effet, disait-on dans la théorie de ces arrêts, l'art. 322, qui interdit à l'enfant légitime de réclamer un autre état que celui qui lui est attribué par son acte de naissance soutenu d'une pos-

<sup>4</sup> Aix, 30 mai 1886, S. 67. 2. 73; D. 66. 2. 201; — (Conf., Rouen, 19 décembre 1844; D. 45. 2. 97; — Paris, 26 juillet 1849; D. 49. 2. 220; — Paris, 10 mai 1851, D. 53. 2. 114); Merlin, v° *Légitimité*, sect. 3, n° 4; — Toullier, t. II, p. 899; Proudhon et Valette, t. II, p. 143-153.

session conforme, doit être applicable, par identité de raison, à celui qui a de même le titre et la possession d'état d'enfant naturel.

Lui permettre de démontrer que sa mère était mariée avec un autre homme que le père déclaré, ce serait, en somme, arriver à la démonstration d'une filiation adultérine; car tout d'abord, l'indivisibilité des énonciations de l'acte de naissance ne permet pas d'isoler la déclaration concernant la mère et de supprimer l'indication du père; d'autre part, en fait, n'est-il pas évident que l'enfant déclaré dans de telles conditions est réellement adultérin? Si on arrive à le reconnaître légitime par le jeu des présomptions légales, ce sera consacrer à son profit une usurpation et un scandale; presque toujours, il est vrai, on l'évitera, mais au prix d'un désaveu ou d'une contestation de légitimité. Ne vaut-il pas mieux, de toute façon, laisser l'enfant dans l'état incertain que lui créent son acte de naissance et la possession conforme?

Une théorie contraire prévaut d'une façon certaine en doctrine et en jurisprudence<sup>1</sup>.

L'indication de la mère dans l'acte de naissance forme par elle-même un élément du titre, qu'il suffit de compléter par la preuve du mariage pour qu'aussitôt l'enfant soit placé sous la protection de la règle *is pater est*. La déclaration d'un père autre que le mari, et qui tendrait à établir une filiation adultérine, est par là même nulle et non avenue. Il n'y a pas indivisibilité entre les deux déclarations. Enfin, la règle de l'art. 322 est d'autant moins applicable dans l'espèce qu'elle créerait nécessairement une situation contraire à la vérité: dès lors que l'enfant est né d'une femme mariée, il ne peut être que légitime ou adultérin; or la théorie contraire, au mépris des règles légales, en ferait un enfant naturel et supprimerait le fait du mariage.

L'enfant dans cette condition, alors même qu'il aurait été reconnu par un autre que le mari, sera donc légitime, jusqu'à désaveu du mari ou de ses héritiers.

<sup>1</sup> Bordeaux, 12 février 1838, S. 38. 2. 401; Cass., 13 février 1839, S. 40. 1. 118; — Paris, 12 juillet 1856, 1. S. 56. 2. 588; D. 57. 2. 4; Cass., 27 janvier 1857, S. 57. 1. 177; D. 57. 1. 196; — Cass., 12 février 1868; S. 68. 1. 154; D. 68. 1. 60; — Comp. Cass., 29 janvier 1883, D. 83. 1. 319; — *Stc*, Aubry et Rau, t. VI, § 568 *ter*, note 53; — Demolombe, t. V, n° 481.



III. — En combinant sous la forme syllogistique les deux solutions que nous venons de montrer dominantes en jurisprudence, on pourrait être tenté de faire le raisonnement suivant :

L'enfant né d'une femme mariée est placé sous l'empire de la règle *is pater est*, alors même qu'il aurait été déclaré comme né de cette femme déclarée non mariée, et aussi comme né d'elle et d'un autre père que du mari, alors même qu'il aurait été reconnu par celui-ci ;

Or, l'enfant né d'une femme mariée, même conçu après la disparition du mari, doit être placé sous la protection de cette même règle, tant qu'on n'aura pas prouvé le décès du mari ;

Donc l'enfant conçu après la disparition du mari, même quand il aura été reconnu par un autre que le mari, pourra réclamer l'état d'enfant légitime tant qu'il n'y aura pas désaveu, et ne pourra prétendre d'autre état que celui-là.

Cette conclusion serait erronée, et forcerait la portée de l'arrêt de 1863.

Cet arrêt part en effet de ce principe exact, que l'absent n'est présumé ni mort ni vivant ; il y a donc possibilité de la mort et possibilité de l'existence ; l'une et l'autre possibilité sont admises comme juridiques, en même temps qu'elles répondent à la réalité ; et dès lors, en allant au fond des choses, il y a également trois situations possibles pour l'enfant :

Ou il est né du mari et légitime (hypothèse la plus rare en fait, et qui supposerait que le mari a reparu sans qu'on ait pu en avoir la preuve) ;

Ou il est adultérin, à supposer que le mari, quoique disparu, vécût encore ;

Ou enfin, si le mari est mort, il est *enfant naturel simple*.

Comment sera-il investi de l'un ou de l'autre de ces trois états, également possibles ?

D'après les termes mêmes de l'arrêt de 1863, c'est le titre et la possession d'état qui décideront et qui mettront la preuve contraire, savoir la preuve de l'existence ou de la mort de l'absent, à la charge de ceux qui prétendraient établir un état contraire.

Donc, dans cette hypothèse, si l'enfant a été déclaré comme né de la mère et d'un autre homme, ou même s'il a été déclaré sim-

plement comme né de la mère, sans indication de son mariage, ou enfin comme né de père et mère inconnus, il aura la position d'enfant naturel simple. Si une reconnaissance accompagne la déclaration, elle sera valable jusqu'à contestation contraire où il faudra prouver l'existence du mari. Si la reconnaissance n'existe pas dans l'acte, elle pourra être faite ultérieurement, et ne sera pas *a priori* empêchée par l'existence d'un mariage qui peut-être n'existe plus. Il ne sera pas nécessaire d'appliquer l'art. 322, jusqu'à cette limite extrême, que l'état ainsi établi ne sera susceptible d'aucune contestation ; il suffira d'appliquer le droit commun, d'après lequel le titre et la possession établissent l'état jusqu'à preuve contraire.

IV. — Ces principes posés, il s'agit de savoir si l'enfant dans cette situation peut être légitimé par le mariage subséquent de son véritable père avec sa mère. La question ne pouvait se présenter que rarement, et comme par surprise, avant le rétablissement du divorce : depuis ce rétablissement, elle est devenue au contraire d'une application possible dans beaucoup de circonstances.

Voici comment elle s'est présentée à nous :

Une jeune femme, presque aussitôt après son mariage, avait été maltraitée et finalement abandonnée par son mari, dont on avait ensuite perdu la trace et dont l'existence était devenue incertaine. Quelque temps après, la femme avait contracté avec un autre homme une liaison irrégulière, et il en était né trois enfants, déclarés sous le nom de la femme, avec la simple indication de son nom de famille.

Lorsque le divorce fut rétabli par la loi de 1884, la femme s'empressa de former contre son mari absent une action en divorce, qui fut admise par défaut après enquête : toutes les formalités prescrites par la loi furent remplies pour faire acquérir à ce jugement l'autorité de la chose jugée.

Un mariage fut donc décidé entre la femme et le véritable père de ses enfants, et tous deux se préoccupèrent de les légitimer devant l'officier de l'état civil.

Une double objection se présenta aussitôt :

1° L'officier de l'état civil pouvait-il recevoir la reconnais-

sance et la légitimation d'enfants conçus alors qu'il pouvait exister un mariage antérieur, et que la preuve de la dissolution de ce mariage n'était pas rapportée? De même qu'il y a empêchement prohibitif à la célébration d'un second mariage, quand la dissolution du premier, quoique possible, n'est pas prouvée, n'y a-t-il pas pour ainsi dire un empêchement prohibitif à la reconnaissance et à la légitimation des enfants nés avant la dissolution prouvée?

2<sup>o</sup> La femme n'avait pu obtenir le divorce qu'en agissant contre son mari supposé vivant; n'y avait-il pas contradiction à ce que l'acte de son nouveau mariage, qui ne pouvait être dressé qu'en vertu de ce jugement, contint des déclarations qui supposeraient le mari mort antérieurement?

Les parties intéressées sortirent d'affaire par un expédient.

Avant la célébration du mariage, elles reconnurent leurs enfants par devant notaire, la femme prenant simplement son nom de famille. Puis le mariage fut célébré sans aucune mention relative aux enfants.

Dans ces conditions, quelle était la situation légale des enfants? Et si ce premier point est résolu en faveur de la légitimation, quelle conséquence en tirer pour ce que devra et pourra faire l'officier de l'état civil en semblable hypothèse?

Nous n'hésitons pas à penser que les enfants dont nous parlons sont réputés légitimés par le mariage subséquent, tant qu'on ne rapportera pas la preuve de l'existence du premier mari lors de leur conception. Ils sont en effet, jusqu'à cette preuve, des enfants naturels simples reconnus par le père et la mère, et les conditions dans lesquelles est intervenu le mariage sont celles qui produisent la légitimation.

Alors se présente la dernière question :

Appartient-il, soit à l'officier de l'état civil, soit à tout autre officier public, s'il a connaissance de la réalité des faits, de refuser de recevoir la reconnaissance dans l'hypothèse prévue? Cette reconnaissance et la légitimation ne pourraient-elles avoir lieu que par une sorte de surprise?

A notre avis la solution n'est pas douteuse.

Si le résultat obtenu d'une façon détournée est légitime, il est

préférable qu'il soit obtenu directement et sans dissimulation.

L'officier public n'a pas le droit de refuser de recevoir une déclaration qui peut consacrer un droit légitime. Il est possible, matériellement et juridiquement, que les enfants conçus après la disparition du mari soient des enfants naturels simples. Tout ce que pourrait exiger l'officier public, ce serait la justification de la disparition du mari au moment de la conception des enfants. Cette exigence serait pleinement satisfaite par la production d'un jugement de déclaration d'absence, lequel a d'ailleurs pour effet de permettre provisoirement l'exercice de tous les droits subordonnés au décès de l'absent (art. 123). Mais même en l'absence d'un jugement de déclaration d'absence, il semble qu'on pourrait suivre par analogie les formes prescrites par l'avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII.

Dans tous les cas, il nous semble impossible que les enfants ne puissent pas profiter de la possibilité qui existe en leur faveur : comment réparerait-on le tort qui leur est causé, si plus tard on acquérait la preuve du décès effectif du premier mari avant leur conception ? En fait d'ailleurs, le décès n'est-il pas plus vraisemblable que la survie ?

Nous ne nous arrêterons donc pas à l'objection tirée d'une sorte d'empêchement prohibitif qui s'opposerait à la reconnaissance.

Le fait que la femme, pour obtenir le divorce, a dû agir comme si le mari était vivant, n'est pas non plus décisif. On a dû agir comme s'il était vivant ; mais il ne s'ensuit pas qu'on l'ait reconnu tel. En réalité, comme l'a dit la Cour de cassation, il n'est présumé ni mort ni vivant, et il faut agir diversement suivant les circonstances.

Reste une raison de moralité :

La légitimation des enfants conçus après la disparition du mari, mais avant la preuve de son décès, n'est-elle pas une faveur faite à l'inconduite de la femme ? n'est-elle pas une sorte d'encouragement à un adultère qui sera toujours intentionnel, même s'il n'est pas réel ?

Nous sommes loin de méconnaître ce qu'il y a de blâmable dans la conduite de la femme. Mais en somme, il s'agit des en-

fants innocents, qui peuvent être dans le cas d'être légitimés, et à qui l'on ferait supporter, sur la foi d'une présomption créée en dehors de la loi, un irréparable préjudice et le plus souvent une véritable injustice.

LÉOPOLD THÉZARD.

### UNE PRÉTENDUE PANACÉE AGRICOLE.

LA MOBILISATION PARTIELLE DU SOL PAR LA CRÉATION  
DES BILLETS HYPOTHÉCAIRES,

Par M. Henri PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry.

#### I.

La crise agricole qui sévit dans le pays depuis plusieurs années a eu ce résultat patriotique d'inspirer à tout le monde le légitime désir d'obvier aux souffrances de l'agriculture. Chacun a voulu y apporter son remède. Publicistes, agronomes, législateurs ont rivalisé de zèle pour rechercher les moyens d'améliorer une situation si préjudiciable à l'intérêt public et aux intérêts privés. Parmi eux a figuré au premier rang M. Fleury, député de l'Orne, décédé il y a un peu moins de deux ans. Partant de cette idée que ce qui manque le plus à l'agriculture c'est le crédit et le crédit à bon marché, il a imaginé, pour le lui assurer à un taux très-modéré, un ensemble de mesures destinées à réaliser la mobilisation du quart de la propriété foncière en France, soit d'une valeur de vingt-cinq milliards. Sa proposition de loi, déposée à la séance du 19 juin 1883, a été l'objet d'un rapport favorable de la commission d'initiative parlementaire en date du 23 février 1884. Bien que cet important projet n'eût pas été discuté au fond et qu'il soit devenu caduc à la fin de précédente législature, nous croyons intéressant de le soumettre à un examen approfondi. Peut-être se fonde-t-il sur des illusions qu'il importe de dissiper, peut-être les conditions mêmes dans lesquelles il est conçu présentent-elles des dangers qu'il y a lieu de signaler. Tout d'abord nous devons reproduire le texte :

#### Art. 1<sup>er</sup>.

« Le gouvernement est autorisé à émettre des *billets hypothécaires* pour une somme de trois milliards (3.000.000.000). »

## Art. 2.

« Ces billets seront garantis par une hypothèque sur les biens fonciers de l'emprunteur ; le prêt ne pourra s'élever que jusqu'à concurrence du *quart* de la valeur de ces biens. »

## Art. 3.

« Les prêts seront consentis par le ministre des finances sur l'avis du trésorier-payeur général du département, après enquête du receveur particulier, et sur la demande du notaire de l'emprunteur.

« Le notaire percevra deux pour cent (2 0/0) d'honoraires, le trésorier-payeur général et le receveur chacun un demi pour cent (1/2 0/0) sur le montant de la somme prêtée. »

## Art. 4.

« Les prêts consentis par l'État sous forme de *billets hypothécaires* seront faits au taux de deux francs cinquante pour cent (2 fr. 50 0/0), et pour une durée de *cinq* ou *sept* ans.

« Ces billets seront reçus dans les caisses publiques pour leur valeur nominale. »

## Art. 5.

« En cas de non-remboursement à l'échéance, l'État poursuivra directement l'emprunteur, et, en cas d'insuffisance du gage, le trésorier-payeur général, le receveur particulier et le notaire qui auront consenti le prêt seront responsables vis-à-vis de l'État, les deux premiers solidairement de trois huitièmes (3/8<sup>es</sup>) et le second de trois huitièmes (3/8<sup>es</sup>) du montant du prêt. »

## Art. 6.

« Un règlement d'administration publique déterminera les formes du prêt, les conditions d'émission et de remboursement des *billets hypothécaires*. »

Ainsi les billets hypothécaires seraient au porteur et, circulant sous la triple garantie de l'État, du notaire qui aurait négocié le prêt, des deux fonctionnaires qui y auraient coopéré, gagés sur les immeubles de l'emprunteur, ils constitueraient le papier-monnaie de l'agriculture. Cette proposition est-elle pratique, féconde en conséquences avantageuses ou, au contraire, se heurte-t-elle en principe comme en fait à d'insurmontables difficultés? C'est ce qu'il y aura lieu de rechercher, mais auparavant il con-

vient d'étudier les précédents législatifs qui chez quelques nations étrangères et chez nous même ont eu pour but, à l'aide de procédés de même nature, de mobiliser la propriété foncière pour favoriser le développement du crédit.

## II.

C'est dans le régime hypothécaire de la ville libre de Brême, dont l'origine remonte au moyen-âge, que nous trouvons tout d'abord une institution qui se rapproche, dans une certaine mesure, du billet hypothécaire. Nous voulons parler des *Handfesten*. La handfeste est un écrit qui contient la désignation du propriétaire, celle de l'immeuble, le montant du chiffre pour lequel elle est délivrée, et enfin un numéro d'ordre. Ce numéro d'ordre résulte de l'indication sur le titre même du chiffre des handfesten créées antérieurement. Le propriétaire d'un immeuble a la faculté de le grever d'une ou de plusieurs handfesten à son profit. Supposons qu'il veuille faire établir 5000 marks d'handfesten en deux fois : il prendra un premier titre de 3000 marks et un second titre de 2000 marks sur lequel on mentionnera que les 2000 marks viennent après une handfeste de 3000 marks. De la sorte, toutes les handfesten portent en elles-mêmes la constatation de leur rang et de leur valeur. C'est une commission foncière, chargée de la tenue des registres fonciers, qui rédige cette espèce de titre. Voici comment on procède : un journal judiciaire, sous la direction de la commission, annonce à deux reprises différentes la création projetée des handfesten. Un délai de quinze jours est accordé à tous intéressés pour s'opposer à leur délivrance. Le propriétaire ne peut l'obtenir que s'il a fait la preuve complète de son droit de propriété et écarté les revendications et actions dont ses immeubles ont été l'objet. Ces formalités accomplies, les droits du propriétaire sont à l'abri de toute contestation de la part des tiers.

Chose qui semble bizarre au premier abord, les propriétaires peuvent prendre des handfesten sur leurs immeubles pour le chiffre qui leur convient, pour une somme supérieure même à leur valeur. Il est en effet à peu près impossible de les estimer exactement.

Les évaluations faites tous les dix ans par les agents du fisc pour la perception de l'impôt, les ventes antérieures sont consultées dans la pratique, mais elles ne forment pas des bases légales d'appréciation. Aussi la commission foncière n'a-t-elle pas à en tenir compte. N'y a-t-il pas lieu de se demander si cette manière de procéder ne nuit pas au crédit que la handfeste a précisément pour but d'assurer et n'est pas de nature à induire les tiers en erreur ? Mais le danger est moins grand qu'on n'est tenté de le supposer. La handfeste n'est en effet que la représentation sensible et matérielle de l'immeuble, envisagée comme objet d'un gage. C'est en quelque sorte l'immeuble lui-même divisé en autant de parts qu'il y a d'handfesten. A la différence de l'hypothèque, qui donne un droit sur la chose, la handfeste est une chose sur laquelle on peut avoir un droit. Voici comment M. Chalmel explique sommairement son mécanisme (*Bulletin de la société de Législation comparée*, année 1878, p. 485) :

« La handfeste doit servir d'intermédiaire de crédit entre un débiteur et un créancier ; elle ne remplace donc l'immeuble qu'au point de vue de son engagement au profit d'un tiers pour la garantie d'un droit de créance. La handfeste ne représente donc pas tant l'immeuble que la valeur engageable de l'immeuble.

« Pour bien comprendre cette différence, il faut écarter tout souvenir de la législation romaine et de la législation française. Pour nous, une hypothèque grève tout l'immeuble, elle porte sur chaque parcelle du fonds, elle est indivisible et contient en elle-même une force naturelle d'expansion, *est tota in toto* ; elle se répand dès qu'elle peut le faire, sur toute la chose qui en est l'objet. — A Brème, au contraire, la handfeste est essentiellement limitée. C'est une part d'immeuble ; c'est un corps certain. Je suis créancier des 2000 marks, et j'ai une handfeste qui vaut 2000 marks, il n'y a d'engagé à ma créance qu'une part divisée d'immeuble, valant 2000 marks. Peu importe donc que l'immeuble soit ou non grevé déjà ; la handfeste qui m'a été engagée vaut par elle-même et indépendamment du reste de la situation hypothécaire. Peu importe que cet immeuble soit ensuite grevé, je n'en profiterai pas. Autant l'hypothèque romaine est générale, autant la handfeste est locale. »



On se sert des handfesten pour grever d'une obligation réelle les parts d'immeubles qu'elles représentent, pour hypothéquer les immeubles. Le propriétaire qui veut les employer traite avec un prêteur et lui remet pour sûreté de la dette un ou plusieurs de ces titres. Il est à remarquer que la date de l'engagement est sans influence sur le droit du créancier : ce qui détermine ce droit, c'est le numéro de série des handfesten qui lui sont remises. En effet, le propriétaire a la faculté de les engager dans l'ordre qui lui convient et d'employer les dernières avant les premières, ce qu'il ne manque pas de faire dans l'intérêt de son crédit, lorsque l'argent est à bon marché. Quand au contraire les emprunts sont plus difficiles à contracter, il se sert alors des premières handfesten. Mais le prêteur ne peut se tromper sur la valeur des titres qu'on lui donne. Il sait toujours, si on lui remet une handfeste du troisième rang, que deux autres handfesten d'une valeur déterminée doivent avoir la priorité.

L'engagement d'un immeuble pour la sûreté d'une dette ne peut avoir lieu qu'au moyen des handfesten dont la remise est opérée entre les mains du créancier. En définitive, ce système aboutit à la mobilisation du sol; par suite, en effet, de la création des handfesten, l'immeuble devient meuble, en ce sens qu'il est divisé en fractions, lesquelles s'incorporent dans un titre qui est mobilier. Ainsi à Brême, et c'est là le caractère vraiment original d'une législation unique en Europe, il n'existe pas de gage immobilier. Les immeubles eux-mêmes sont meubles, puisque avant de les engager on est obligé de commencer par les mobiliser.

La possession d'une handfeste ne donne qu'un droit purement accessoire. Le titre mobilier n'est point en effet un titre au porteur. Il n'a de valeur qu'à la condition qu'il y ait eu impignotation par suite de la prise de possession réelle qui a eu lieu au profit d'un tiers, et que ce dernier justifie en outre de sa qualité de créancier. La preuve de l'existence de cette créance peut se faire sans aucune espèce de solennité, par tous les modes du droit commun. Dans la pratique, l'engagement d'une handfeste est toujours accompagné d'une reconnaissance écrite de la dette, constatant que la remise de cette handfeste est affectée à la sû-

reté de ladite dette. Cette absence de formes solennelles, à raison de sa simplicité même, fait de la création des handfesten un puissant élément de crédit, un moyen efficace de se procurer de l'argent à bon marché, sans frais d'actes ni autres dépenses accessoires. Le possesseur de cette espèce de titre jouit d'une sécurité absolue; une procédure rapide lui permet, en cas de non-paiement à l'échéance, de requérir la vente forcée de l'immeuble et d'y faire procéder par l'intermédiaire de la commission foncière à qui cette mission incombe.

En France, deux lois de la Convention, promulguées le 9 mesidor an III, ont organisé simultanément le régime des déclarations foncières et le régime hypothécaire. Entre ces deux régimes existe la plus étroite corrélation, ce qui se comprend du reste, car la bonne assiette de la propriété est indispensable au fonctionnement du système hypothécaire. Le législateur révolutionnaire a cru que le meilleur moyen d'assurer à la propriété ces bases inébranlables, sans lesquelles il ne peut y avoir de garantie sérieuse, c'était d'exiger que les propriétaires, par voie de déclarations foncières adressées aux conservateurs des hypothèques, fissent connaître les conditions d'existence, d'origine et de valeur de ces propriétés : en conséquence, il a ordonné que la rédaction en triple expédition des déclarations foncières contiendrait les nom, prénoms, âge, lieu de naissance, profession et domicile du propriétaire, et la description de chacun de ses biens territoriaux, ce qui devait comprendre leur situation, leur nature, leur genre d'exploitation et de destination, leur étendue superficielle, le tout par autant d'articles séparés que le comporterait la propriété. On devait indiquer également la valeur de chacun des biens en revenus et en capital, séparément pour chaque article, l'origine de la propriété, la date du titre d'où elle dérivait, enfin le prix d'acquisition. Ces dispositions trouvaient leur sanction dans les art. 32 et 33 de la loi hypothécaire. Tout créancier dont le titre était inscrit pouvait exiger de son débiteur la preuve qu'il avait fait sa déclaration foncière exigée par la loi : Faute par celui-ci d'en justifier, dans le mois qui suivait la sommation à lui adressée, la dette en principal et intérêts devenait de plein droit exigible, nonobstant tous les termes qui avaient pu être accordés.

Ainsi toutes les hypothèques constituées en vertu de la loi, y compris celles que le propriétaire était autorisé à prendre sur lui-même, avaient pour base la tenue des livres fonciers. Nous n'avons à nous préoccuper dans cette étude que des hypothèques de cette dernière sorte, lesquelles d'ailleurs forment l'innovation capitale de la loi de messidor an III. L'art. 36 accorde à tout propriétaire de biens et droits susceptibles d'être hypothéqués la faculté de prendre hypothèque sur lui-même pour un temps déterminé qui ne peut excéder dix années jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur en capital desdits biens, y compris le montant des hypothèques dont ils sont grevés. C'est le conservateur des hypothèques qui, sous le nom de cédules hypothécaires, a mission de délivrer le titre constatant la création de l'hypothèque dans les formes déterminées par la loi. Ce fonctionnaire est garant de la valeur en capital indiquée dans la cédule et du montant des créances hypothécaires antérieures. Aussi, pour le mettre en mesure d'apprécier la valeur des immeubles qui doivent être grevés, le propriétaire est-il tenu de lui donner communication sur récépissé des titres de propriété, baux à loyer, à ferme, à emphytéose, des derniers procès-verbaux d'estimation et d'expertise et autres documents sur lesquels est basée la déclaration foncière. Il est obligé d'y joindre l'extrait du rôle de la contribution foncière justifiant du montant de sa cotisation pour la dernière année et l'année courante. Le conservateur des hypothèques a de plus le droit de prendre communication des registres, sommiers et tables servant ou ayant servi à la perception des droits d'enregistrement, de contrôle, d'insinuation et autres antérieurs à la nouvelle loi. Enfin, s'il estime que la valeur des biens a été exagérée, il peut provoquer une expertise dans les formes soigneusement déterminées par le législateur. Nous n'avons pas à entrer dans ces détails. Mais qu'il eût ou qu'il n'eût pas fait procéder à l'expertise, le conservateur ne pouvait délivrer les cédules hypothécaires qu'un mois après la réquisition qui lui avait été adressée sous peine d'être responsable. Ces sortes de titres étaient transmissibles par voie d'endossement et exécutoires au profit de ceux à l'ordre desquels ils étaient passés. Il n'y avait de recours d'un endosseur à l'autre qu'en cas de faux. L'Etat percevait 1/2

pour 0/0 par an pour l'inscription des cédulas hypothécaires sur un registre spécial.

C'était bien la mobilisation du sol et par suite un moyen de crédit, dont l'efficacité eût pu être considérable à toute autre époque, que la Convention avait constitués. Mais l'abus des assignats gagés sur les biens nationaux, leur dépréciation, les ruines qui s'étaient produites malgré l'apparente solidité des garanties, opposaient un invincible obstacle à cette tentative d'organisation du crédit et enlevaient à la nouvelle loi le caractère d'opportunité sans lequel elle était à l'avance frappée d'impuissance. Tout n'était point parfait, d'ailleurs, dans cette conception législative : on devait surtout critiquer comme funeste la disposition qui permettait d'emprunter jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur de la propriété sans laisser une marge suffisante pour la dépréciation que pouvaient produire les circonstances politiques et économiques au milieu desquelles il serait procédé à la réalisation du gage. Ces considérations et d'autres de même nature sans doute firent ajourner la mise en vigueur de la nouvelle législation jusqu'au 1<sup>er</sup> nivôse an IV. Une autre loi du 26 frimaire de la même année prorogea le terme jusqu'au 1<sup>er</sup> germinal. Puis successivement la mise à exécution des lois de messidor an III fut reculée jusqu'au 1<sup>er</sup> messidor an IV, jusqu'au 1<sup>er</sup> fructidor suivant et jusqu'au 1<sup>er</sup> brumaire an V. Enfin une loi du 28 vendémiaire an V édicta un ajournement indéfini. Il est donc vrai de dire que l'institution des cédulas hypothécaires n'a vécu dans notre pays que d'une existence toute théorique, sans jamais obtenir en sa faveur le bénéfice de l'expérience. Aussi ne peut-on guère en cette matière s'appuyer sur l'exemple de la Convention autrement qu'à titre purement doctrinal.

La question ne fut plus soulevée avant 1848. A cette époque, un agronome distingué, M. Darblay, proposa de créer sous les auspices de l'Etat, mais en dehors de son action, un établissement financier analogue à la Banque de France qui serait autorisé à émettre des billets garantis par des propriétés immobilières. Ces billets, délivrés aux propriétaires, étaient la représentation de la valeur des immeubles sur lesquels l'établissement aurait hypothéqué. Ils devaient avoir cours et être admis dans les paiements à

l'instar des billets de la Banque de France. Reposant sur les plus solides garanties, ils étaient susceptibles de jouir de la même faveur que ceux-ci auprès du public. L'intérêt était fixé à 4 1/4 pour 0/0 dont 2 pour 0/0 pour le trésor, 1 pour 0/0 pour l'amortissement qui s'effectuerait en quarante-trois ans; 1 1/4 pour 0/0 enfin était destiné à couvrir les frais d'administration. L'émission des billets hypothécaires ne pouvait dépasser la moitié ou les deux tiers de la valeur des terres déterminée par le cadastre servant de base à l'assiette de l'impôt. Quant aux maisons et bâtiments de ville, à raison des causes de destruction qui agissent sur elles par l'action du temps, l'auteur de la proposition estimait qu'il y avait lieu de ne prêter que la moitié de leur valeur. Il supposait que dix milliards de propriétés seraient engagés immédiatement dans l'emprunt ainsi organisé et que l'ensemble des opérations procurerait à l'Etat un revenu annuel de plus de 200.000.000. Ce devait être, selon M. Darblay, une ressource pour achever les chemins de fer et les canaux et créer une immense richesse nationale dont les produits permettraient d'arriver à des dégrèvements d'impôts ou à la diminution de la dette publique.

Le *Comité d'agriculture* de l'Assemblée nationale proposa de son côté la création de deux milliards de billets hypothécaires avec cours forcé que l'on répartirait entre tous les départements au prorata de leurs contributions foncières. C'était l'État qui était chargé de les émettre au taux de trois et demi pour 0/0 : l'amortissement était assuré au moyen d'un surcroît de 2 fr. 82 pour 0/0. Cette idée socialiste de l'État transformé en prêteur de fonds ne fit pas fortune. Le projet du Comité et celui de M. Darblay furent repoussés.

Le caractère de ces propositions n'était guère en rapport avec les nécessités de la pratique, surtout dans un pays vieux comme le nôtre où l'existence de la propriété et ses origines sont parfois difficiles à établir et où le souvenir des assignats devait rendre suspects au public les billets hypothécaires. Mais dans les régions où la société plus jeune a plus de liberté d'allure pour régler la constitution de la propriété, un régime analogue à celui de l'an III devait réussir. C'est ainsi qu'il y a plus de vingt ans a été imaginé dans l'Australie méridionale le système foncier connu sous le nom d'*act Torrens*. La terre est représentée

par un titre dont la circulation est aussi rapide, aussi facile que celle de nos actions financières et industrielles. M. Gabriel Charmes a décrit dans le *Journal des débats* le fonctionnement du régime australien avec une élégante précision. Aussi croyons-nous ne pouvoir mieux faire que de reproduire le passage suivant du travail de l'habile publiciste :

« L'économie du système est des moins compliqués. Le propriétaire qui désire placer sa propriété sous le régime de l'*act Torrens* envoie au bureau d'enregistrement un plan de cette propriété avec les titres à l'appui. Ces derniers sont soumis à l'examen d'hommes spéciaux qui les étudient comme s'ils devaient acheter la propriété sous l'ancienne législation. L'enquête est conduite avec le plus grand soin, des annonces sont faites dans les journaux, on demande des informations spéciales aux propriétaires voisins; on s'assure qu'aucune réclamation, qu'aucune contestation, ne pourra s'élever contre le droit du possesseur actuel. Cela fait, le bureau d'enregistrement inscrit sur un registre à souche le titre de la propriété avec le plan comme annexe; il énumère sur ce registre toutes les charges, servitudes, hypothèques, baux, etc.; dont elle est grevée; puis il remet le double de cette inscription au propriétaire; à partir de ce moment, l'administration garantit le titre de propriété. Cependant les actions sont encore recevables contre lui, mais s'il n'y a pas eu fraude de la part du propriétaire qui l'a fait enregistrer, l'administration paie les dommages-intérêts aux parties lésées, et ne leur rend pas la terre. Une somme d'un demi-denier (0, 5 c.) par livre sterling (25 fr.) est perçue pour cette garantie, au moment de l'enregistrement. Il paraît qu'elle est largement suffisante, car dans la Nouvelle-Galles du Sud, il n'y a pas eu de 1861 à 1870, un seul acte annulé par la Cour.

« En cas de division de la terre par suite de ventes ou de successions, le titre primitif est annulé et on refait autant de titres qu'il y a de divisions. Ce qui constitue le mérite principal de ces titres, c'est qu'ils peuvent se transmettre d'un individu à l'autre par simple endossement; l'enregistrement remplace ainsi le notaire, il n'est plus un impôt, il représente le prix du service rendu. La formule du transfert est imprimée au verso

« du titre; il suffit aux contractants de la signer. Le titre est  
 « alors envoyé par la poste au bureau central, on examine s'il  
 « n'est point frappé d'opposition; et, s'il ne l'est pas, on le retourne  
 « immédiatement aux expéditeurs revêtu d'un timbre de trans-  
 « fert. Le prix de cette transaction, frais de poste et de télégraphe  
 « compris, ne dépasse pas 20 shillings et l'affaire est terminée  
 « sans déplacement en un jour ou deux. Dans la Nouvelle-Galles  
 « du Sud, le transfert entre vifs n'est soumis à aucun droit.

« Une institution aussi simple n'exige qu'un petit nombre de  
 « fonctionnaires. Quatorze employés, avec des appointements et  
 « des frais de bureaux qui s'élèvent à 175.000 fr., suffisent pour  
 « l'Australie à une moyenne de 17.000 transferts par année.  
 « Cette nuée de notaires, d'huissiers, d'avoués, qui sont chez nous  
 « la plaie des propriétaires et la cause principale des malheurs  
 « de l'agriculture, n'existe point dans l'heureuse contrée où fleurit  
 « l'*Act Torrens*. Les procès y deviennent singulièrement rares.  
 « Le capital immobilier passe de mains en mains comme le capital  
 « mobilier, sans frais, sans lenteurs, sans formalités. »

Le tableau est enchanteur, mais peut-être d'une couleur quel-  
 que peu poétisée.

En Allemagne, où les livres fonciers sont une institution natio-  
 nale depuis longtemps en vigueur, il était facile d'organiser la  
 mobilisation du sol et de s'en servir comme d'un moyen de cré-  
 dit. C'est ce qu'a fait la Prusse, il y a quelques années, dans les  
 lois du 5 mai 1872 sur le régime hypothécaire. Une de ces lois  
 réglemente la tenue du livre foncier (*grundbuch*). Tandis que  
 nos registres hypothécaires ne font mention que d'un certain  
 nombre d'actes concernant la propriété foncière, le livre foncier  
 prussien publie l'état même de la propriété foncière. C'est l'im-  
 meuble qui est inscrit, ce n'est pas son propriétaire, et sans cette  
 inscription il n'y a pas de propriété. Le *grundbuch* est la repré-  
 sentation et la description de l'état juridique des immeubles. Cha-  
 que propriété foncière a un feuillet et un compte spécial : toutes  
 les propriétés sont classées dans un ordre qui correspond à la  
 place qu'elles occupent sur le cadastre. Les indications relatives  
 à la situation et à la contenance doivent être conformes à celle du  
 cadastre. La désignation du propriétaire, la date de l'investiture

qu'il a eue de la propriété, l'époque de l'inscription, les charges que supporte l'immeuble soit périodiques, soit perpétuelles, les restrictions au droit de propriété, les hypothèques et les dettes foncières, les changements dans les droits réels qui grèvent la propriété immobilière sont mentionnés dans ce feuillet. De la sorte, la publicité qui résulte du livre foncier a un caractère non plus personnel, mais réel, non plus relatif, mais absolu, puisque tous les actes qui concernent la propriété et qui la grèvent sont réunis dans un même document lequel est, pour ainsi dire, la représentation de cette propriété.

Nous venons de parler de la dette foncière. Cette dette, d'après la loi sur l'acquisition de la propriété immobilière et sur les droits réels immobiliers, existe indépendamment de toute créance. Elle n'affecte pas l'ensemble du patrimoine, mais uniquement un fonds déterminé. Elle n'est plus personnelle, elle est foncière. Chez nous le créancier hypothécaire a deux droits, l'un personnel, l'autre réel qui est le corollaire et la garantie du premier. En Prusse, la dette foncière existe par elle-même et n'est l'accessoire d'aucune dette personnelle. Le plus souvent, il est vrai, elle sera constituée à l'occasion de quelque obligation personnelle, mais cela ne l'empêchera pas d'en être complètement indépendante, de vivre de sa vie propre sans que les vices ou l'extinction de l'obligation puissent réagir sur son existence : ce sera, au contraire, cette obligation qui prendra fin lorsque la dette foncière aura été cédée sans elle. La dette foncière doit être inscrite au livre foncier : elle puise toute sa force dans cette inscription et a la même durée qu'elle. En somme, elle présente autant de sûreté qu'un immeuble, mais sa facilité de circulation fait d'elle un gage bien préférable.

Aussitôt que l'inscription est effectuée, le juge-conservateur des hypothèques (en Prusse, ce sont les magistrats des tribunaux qui remplissent ces fonctions), délivre au propriétaire un titre constatant cette inscription, une lettre foncière ou bon foncier appelé *grunds chuldbrief*. Cette lettre foncière n'est pas au porteur, mais elle se négocie comme une lettre de change. Elle se transmet par endossement en blanc, et la désignation du créancier primitif est purement fictive, le propriétaire pouvant tou-



jours faire rédiger la lettre à son nom et à son ordre, et en transférer la propriété par un endos en blanc. On a la faculté de joindre au bon foncier une série de quittances pour les intérêts à échoir. Ces quittances, détachées du titre, sont l'équivalent de coupons payables au porteur.

On le voit, la loi prussienne a réalisé une importante réforme, la mobilisation du crédit foncier. Le projet de loi est-il conçu de manière à procurer le même avantage à notre pays? C'est ce qu'il nous reste à examiner.

### III.

L'exposé des motifs peut se résumer en ces termes : La propriété est évaluée à 100 milliards. On pourrait en mobiliser le quart. Chaque propriétaire aurait donc à sa disposition une ressource de premier ordre, le quart de sa propriété mobilisée sous la garantie de l'État moyennant 2 fr. 50 0/0 d'intérêts payés à celui-ci. L'emprunteur s'adresserait à un notaire de son choix lequel, avant de rédiger l'obligation, désignerait deux experts pour procéder à l'estimation des immeubles proposés en garantie. Dans les villes, ce seraient deux architectes ou, en cas de désaccord, trois architectes qui évalueraient les immeubles urbains. La possibilité d'une dépréciation étant plus grande pour ces sortes de propriétés que pour les immeubles ruraux, la mobilisation serait limitée au cinquième de leur valeur. Pour les usines, elle ne devrait pas dépasser le sixième. La demande de prêt et l'estimation des experts seraient ensuite transmises au trésorier-payeur général qui s'entendrait avec le receveur des finances de l'arrondissement. Ces deux fonctionnaires, si les garanties offertes leur paraissaient insuffisantes, pourraient provoquer une seconde expertise par le contrôleur des contributions directes. Le percepteur aurait la faculté d'y joindre son appréciation et au besoin de charger d'une contre-expertise des experts choisis par lui. Du reste, chaque année, on pourrait faire déterminer approximativement, par une commission cantonale composée des maires sous la présidence du conseiller général, la valeur de la propriété foncière du canton en prenant pour base les baux et en indiquant la moyenne de la capitalisation.

Le notaire, le trésorier-payeur général et le receveur particulier seraient seuls juges de la valeur des immeubles. Ils ne pourraient être contraints à réaliser le prêt par une expertise contradictoire qu'aurait provoquée l'emprunteur. Le notaire percevrait 2 0/0 d'honoraires, le trésorier-payeur général et le receveur des finances chacun 1/2 0/0 sur le montant du prêt. L'accord s'étant fait entre tous les trois, le notaire dresserait l'acte d'emprunt et l'on annexerait l'estimation des experts, ce qui engagerait leur responsabilité morale. Puis l'État, par l'entremise du trésorier général, délivrerait à l'emprunteur dans le délai de deux mois, les billets hypothécaires jusqu'à concurrence du montant du prêt. Pendant ces deux mois, il toucherait néanmoins l'intérêt. Les prêts seraient faits pour cinq ou sept années.

Les billets hypothécaires, au porteur comme ceux de la Banque de France, seraient établis par coupures de 100, 200, 300, 400, 500 et 1000 francs. Ils seraient revêtus de signes distinctifs que l'État déterminerait et porteraient l'indication de la date de l'échéance, les nom et signature du notaire, le lieu de sa résidence, le numéro de son répertoire et son cachet. Les intérêts seraient payés tous les six mois, en deux termes égaux, par le percepteur du lieu où sont situés les immeubles affectés à la garantie. Le remboursement du billet hypothécaire par l'emprunteur devrait avoir lieu huit jours avant l'échéance indiquée sur le titre, afin que l'État fût nanti à l'avance de la somme qu'il devrait remettre à présentation au porteur. C'est en effet à l'État qu'incomberait l'obligation de payer à l'échéance. Quant au porteur, il serait tenu de se présenter à une caisse de l'État dans les quinze jours qui suivraient l'exigibilité du titre pour réclamer son paiement. Pour éviter tout retard, tout oubli en ce qui concerne la présentation des billets, il y aurait lieu de fixer l'échéance à une date unique, en janvier, par exemple. Six mois après, le porteur qui n'aurait pas produit son titre pour le remboursement serait déchu de tout recours contre l'emprunteur, l'État donnerait main levée de l'hypothèque que ce dernier aurait consentie, mais resterait néanmoins responsable.

A défaut de paiement des intérêts ou du capital aux échéances fixées, l'État poursuivrait l'emprunteur. En cas d'insuffisance du

gage, il aurait un recours contre le notaire pour les trois huitièmes de la somme prêtée, contre le trésorier-payeur général et le receveur des finances pour trois autres huitièmes, et demeurerait définitivement responsable des deux derniers huitièmes. En aucune circonstance, l'État ne pourrait se rendre adjudicataire des immeubles expropriés. Si, dans un moment de crise, il ne lui était pas possible de rembourser le prêteur, celui-ci aurait un recours direct contre l'emprunteur et contre le notaire, le trésorier général et le receveur des finances dans les proportions ci-dessus indiquées. Enfin si la propriété, qui est le gage de l'emprunt, était vendue à l'amiable ou par suite d'expropriation avant l'exigibilité du billet, l'acquéreur garderait entre ses mains une somme égale au montant du prêt et en servirait à l'État les intérêts sur le pied de 2 fr. 50 0/0 jusqu'à l'époque du remboursement.

Veut-on maintenant connaître les heureux effets que produirait la proposition de M. Fleury, dans l'intérêt de l'État? D'après l'auteur, les millions afflueraient au Trésor :

« L'État, dit-il, pourrait faire quatre émissions successives de « billets hypothécaires ainsi échelonnés : d'abord une émission « de trois milliards en stipulant le paiement en espèce desdits « billets à présentation dans toutes les caisses publiques ; puis « quand on aurait pu se convaincre que les billets hypothécaires « sont acceptés comme monnaie courante, l'État ferait trois émis- « sions, d'années en années, chacune de quatre milliards. On « atteindrait ainsi le chiffre de quinze milliards sur cent mil- « liards environ que représente la valeur de la propriété foncière « en France.

« Ce serait donc tout d'abord près de cent millions, puis bien- « tôt de deux à trois cents millions qui viendraient s'ajouter « chaque année aux revenus de l'État, par suite de l'intérêt de « 2 fr. 50 0/0 payés pour ces billets hypothécaires, lesquels ne « coûteraient rien à l'État.

« Mais le but que nous nous proposons ne serait pas complé- « tement atteint si ces ressources nouvelles n'étaient pas directe- « ment employées à diminuer les charges des contribuables, à « venir en aide à l'agriculture et à soutenir les travailleurs.

« Voici en conséquence l'affectation que nous voudrions voir

« donner aux 240 millions environ de revenus que l'État trouverait dans l'institution des billets hypothécaires :

« 80 millions à l'amortissement de la dette publique ;

« 80 millions en encouragements directs aux producteurs agricoles, c'est-à-dire aux fermiers, à leurs aides et aux propriétaires exploitant eux-mêmes ;

« 80 millions en secours aux familles des travailleurs pauvres, « aux hospices et aux invalides du travail, afin d'arriver à détruire la mendicité. »

Vraiment c'est un beau rêve qu'a fait l'auteur du projet. Mais la réalité serait-elle aussi brillante ? On doit reconnaître que cette proposition soulève de nombreuses et importantes objections. Le système des billets hypothécaires pourra-t-il réussir dans un pays comme le nôtre où la propriété foncière ne repose pas toujours sur des titres en règle, où souvent la prescription est son plus solide fondement, où par conséquent elle est exposée à des revendications judiciaires, à des procès nombreux ? Le doute est d'autant plus permis que dans l'état de choses actuel il serait impossible d'organiser en France la tenue des livres fonciers. Et cependant, entre les mesures à prendre pour créer la mobilisation du sol et la tenue de ces livres, il y a une évidente connexité. Sans les livres fonciers, qui permettent d'apprécier d'un coup d'œil la valeur des titres qui assurent la propriété d'un immeuble à telle personne déterminée, il ne peut y avoir pour le prêteur de gage certain, solide, à l'abri de toute éventualité. On l'a si bien compris à Brême, en Australie, en Prusse que toujours la création de ces livres a été corrélative à l'institution des livres fonciers. La conclusion à en tirer, c'est qu'avant d'introduire dans le pays une innovation aussi considérable, il faudrait commencer par établir sur des bases indestructibles la propriété foncière au moyen d'une procédure spéciale et rapide ; c'est qu'ensuite il faudrait procéder à la réfection totale du cadastre et enfin organiser la tenue de livres fonciers où seraient reproduites les mentions du cadastre avec l'indication des charges, des restrictions et des changements afférents à la propriété. C'est une grosse et coûteuse affaire que la réfection du cadastre : l'état de nos finances ne nous permet guère en ce moment de la mener à bien. Il est

vrai qu'elle pourrait amener la péréquation de l'impôt foncier si souvent réclamée. Mais combien durerait un avantage obtenu à si grand frais ? Les économistes les plus distingués estiment qu'au bout d'un petit nombre d'années l'œuvre serait à recommencer.

Cette conception de l'État se portant garant d'emprunts contractés par des particuliers, se faisant banquier dans une certaine mesure, est du socialisme pur et du plus mauvais. Ne serait-il pas inique de créer au profit d'une catégorie spéciale de citoyens, des agriculteurs, un privilège dont ne pourraient user ou n'useraient qu'exceptionnellement les commerçants, les rentiers et autres membres de la communauté obligés d'emprunter à des intérêts plus élevés ? Il semble que poser la question ce soit la résoudre. Mais, dira-t-on, la production agricole touche aux intérêts généraux du pays. Dès lors, on doit la favoriser, la protéger par tous les moyens possibles. Tant mieux pour les intérêts privés qui bénéficieront des mesures adoptées. En admettant par hypothèse une pareille doctrine, il faudrait, pour passer outre, que la mobilisation du sol, telle que la crée M. Fleury, présentât autant d'avantages qu'elle comporte d'inconvénients, qu'elle eût indubitablement pour résultat d'améliorer la situation de l'agriculture. Or, il n'est pas douteux que d'une manière plus ou moins directe elle peut aggraver ses souffrances.

Qu'on ne se s'y trompe pas ! Ces billets au porteur jetés par grandes masses dans la circulation s'aviliraient bientôt. C'est en effet un principe économique constant que l'abondance exagérée des valeurs métalliques ou fiduciaires amoindrit leur pouvoir d'acquisition et amène leur dépréciation. Là où l'or devient tout d'un coup trop abondant eu égard aux besoins monétaires du marché, il se produit une baisse dans sa valeur. La découverte de l'or de l'Amérique espagnole au 16<sup>e</sup> siècle, de l'or californien au 19<sup>e</sup> siècle sont là pour l'attester. Il en est de même pour les titres fiduciaires. Qui ne se souvient de la dépréciation subie par les assignats pendant la Révolution ? Et cependant ces assignats étaient gagés sur les biens nationaux dont l'évaluation était notablement supérieure au montant des émissions qui furent faites. Sans doute, des causes de diverse nature purent accroître la dépréciation, mais il est indéniable qu'ils portaient en eux-

mêmes, à raison de leur nombre excessif et de la disproportion de ce nombre avec les besoins économiques du pays à cette époque des causes fatales d'avilissement. Les billets hypothécaires perdront donc forcément une partie de leur valeur. L'émission de ce papier-monnaie agricole ne correspondant pas à la création de nouvelles valeurs échangeables qui leur fassent équilibre aura pour effet d'amener une perturbation dans les prix, la baisse en ce qui concerne les billets, la hausse en ce qui touche les marchandises. Ce résultat est d'autant plus certain qu'il y a dans la circulation une quantité d'autres titres au porteur, actions, obligations de sociétés industrielles et financières, titres d'emprunts d'Etats, billets de la Banque de France. La concurrence qui s'établira plus ou moins directement entre ces titres fiduciaires et les billets hypothécaires que veut créer la proposition de loi produira l'avilissement des uns et des autres. Or si la fortune mobilière de notre pays vient à diminuer dans une notable proportion, la fortune immobilière en éprouvera le contre-coup. Les emprunteurs ne pourront plus faire face aux échéances, les immeubles à exproprier trouveront moins d'acheteurs, et par suite la crise agricole subira une aggravation. Telles sont les conséquences qu'entraînera dans des circonstances normales l'extension abusive de la circulation fiduciaire, si solides d'ailleurs que soient les garanties sur lesquelles elle repose.

Mais si les conditions économiques, financières et agricoles dans lesquelles se trouve la France sont peu favorables comme en ce moment ou deviennent plus mauvaises, si à des récoltes insuffisantes succèdent des récoltes plus défectueuses encore, si les produits étrangers envahissent par masses notre marché et écrasent de leur concurrence le travail national, ce n'est plus à la gêne, c'est à la ruine, qu'aboutirait l'institution des billets hypothécaires. Les emprunteurs, dans l'impossibilité de rembourser le montant des prêts seraient expropriés, l'on ne trouverait point d'adjudicataires en nombre suffisant pour les remplacer et le prix des immeubles s'abaisserait outre mesure. La responsabilité du notaire, du trésorier-payeur général et du receveur des finances deviendrait inefficace, et l'Etat, impuissant à enrayer ce désastreux état de choses, plierait sous le poids de la garantie qui lui incombe.

M. Fléury, sans doute pour éviter à ces résultats possibles de sa proposition, ne craint pas de recourir au cours forcé qu'il établirait pour cinq ou sept ans, durée de l'échéance des billets. Le remède, est-il besoin de le dire, ne ferait qu'aggraver le mal. C'est en effet une détestable mesure économique que le cours forcé. La confiance ne se décrète pas, elle est la résultante des conditions intrinsèques et souvent des conditions extrinsèques concomitantes à l'émission et à la circulation des valeurs. Les pouvoirs publics ne peuvent modifier à leur gré des situations de cette nature et leur action ne saurait arrêter la dépréciation. C'est ce qu'a amplement démontré l'histoire financière de notre siècle.

L'exemple de ce qui s'est passé dans notre pays en 1870 et 1871 ne peut être invoqué à l'encontre de ces données de l'expérience. L'exception n'est pas faite pour infirmer la règle. Si durant ces années désastreuses, malgré le cours forcé, malgré les déplorable conditions où se trouvait le pays, le billet de la Banque de France a pu rester invariablement au pair, cela provient de ce fait qu'il y a toujours eu une certaine proportion entre le numéraire existant et le montant des émissions. La loi les limitait aux besoins du moment, l'encaisse de la Banque était considérable et c'est ainsi que s'explique le merveilleux crédit dont notre premier établissement financier a joui à cette époque.

Il est indispensable que la quantité des valeurs fiduciaires à rembourser ne soit pas disproportionnée avec celle des valeurs métalliques en circulation. Le billet hypothécaire, tout comme le billet de la Banque de France, doit être facilement convertible en numéraire à la volonté du porteur. Les nécessités de la vie commerciale et économique l'exigent impérieusement. Tous les jours, on a des paiements à faire et, pour les opérer, il faut fractionner le montant des billets. Supposons que l'on n'ait pas la possibilité d'échanger à sa guise le billet hypothécaire contre de l'or ou de l'argent, la confiance s'évanouit et bientôt se produit la dépréciation du titre fiduciaire suivie d'une hausse corrélative sur les marchandises : il faut alors payer les choses en papier-monnaie 10, 20, 30 0/0 plus cher qu'on ne le ferait en argent. C'est une loi vérifiée par l'expérience. Or, comme le numéraire actuel de la France s'élève à 7 ou 8 milliards et que l'émission à faire en

quelques années atteindrait le chiffre de 15 milliards de billets hypothécaires, on voit jusqu'à quel point la proportion entre le métal et les valeurs fiduciaires serait renversée et quel cataclysme financier en serait la conséquence.

On se demande pourquoi l'auteur du projet a voulu que ses billets hypothécaires fussent au porteur : La convention, l'*Act Torrens*, les lois prussiennes ont préféré créer des valeurs transmissibles par endossement. Ce n'est pas sans raison, car le mode adopté par M. Fleury présente de sérieux inconvénients. Ces billets hypothécaires, par cela même que la propriété, s'en justifie exclusivement par la détention, sont sujets à des détournements et à des vols. D'autre part, étant au porteur comme les billets de la Banque de France, ils feront concurrence à cet utile établissement de crédit et pourront compromettre son existence. Voudrait-on se priver d'un concours qui nous a été si précieux en 1870-1871 ? Pourrait-on d'ailleurs, tant que durera le privilège de la Banque, au mépris de conventions librement consenties, créer un organisme financier qui deviendrait son rival ? La réponse sur ces deux points n'est pas douteuse. Sans doute on aurait la faculté de ne pas renouveler le privilège de la banque de France en 1897, mais ce serait une faute économique impardonnable. Ce qui fait la force et la solidité du premier de nos établissements de crédit, c'est qu'il est géré commercialement, sous la surveillance, mais non sous la dépendance de l'Etat. Il y a donc lieu de le conserver.

Le projet de loi ne paraît pas s'être préoccupé des frais des diverses expertises nécessaires pour arriver à la conclusion des emprunts. Seront-ils supportés par l'emprunteur ou par l'Etat ? Dans le premier cas, l'intérêt dépasserait 2 fr. 50 0/0; dans le second, ces frais seraient onéreux pour nos finances. Le mode de remboursement proposé par l'auteur n'est pas non plus à l'abri de la critique, à ce point de vue, la commission d'initiative parlementaire s'exprime ainsi :

« Deux motifs nous semblent mettre obstacle au mode de  
« remboursement proposé par M. Fleury : 1° Le porteur peut se  
« trouver dans l'impossibilité matérielle de représenter le billet  
« à l'échéance, car ce billet peut circuler à l'étranger ou avoir



« été détruit; 2<sup>o</sup> les responsabilités éventuelles dont sera menacé  
« le porteur, par le seul fait qu'il est détenteur du billet, jette-  
« ront sur ce dernier une défaveur qui s'accroîtra d'autant plus  
« que se rapprochera davantage la date fixée pour le rembourse-  
« ment.

« Non; qu'importent les numéros des billets qui seront annulés  
« pourvu que ces billets représentent une valeur égale au mon-  
« tant de la dette à éteindre? Le porteur est hors de cause.  
« L'extinction de la dette et de l'hypothèque est une question de  
« droit qui ne le concerne pas. L'emprunteur devra seul être  
« tenu, selon nous, d'effectuer le remboursement. Il se présentera  
« à la caisse de l'Etat muni d'une valeur en billets hypothécaires  
« équivalente au montant de sa dette. Ces billets oblitérés au  
« moyen d'un timbre demeureront annexés au talon du livre à  
« souche sur lequel a été transcrite l'obligation. L'Etat donnerait  
« alors main levée de son hypothèque. En même temps que dis-  
« paraîtrait le gage, on retirerait ainsi de la circulation une  
« valeur correspondante de billets; leur annexion au talon du re-  
« gistre à souche constaterait la régularité de l'opération. Quant  
« aux billets correspondant directement par leurs numéros  
« d'ordre à l'hypothèque annulée, ils continueraient de circuler  
« gagés par l'hypothèque afférente aux billets supprimés.

« Ce mode de procéder permettrait à l'État-banquier d'éche-  
« lonner ses échéances, de les faire coïncider avec des émissions  
« nouvelles provoquées au besoin par l'appât d'une prime de  
« façon à écarter l'éventualité même d'une crise monétaire. Il  
« aurait, en outre, l'avantage de mettre le porteur en dehors de  
« toute opération, et cette dernière condition nous semble indis-  
« pensable; car, ne l'oublions pas, aux yeux du public, le billet  
« doit être une monnaie et rien autre chose. »

Malgré ces correctifs nécessaires et en dépit des assertions de l'auteur, il n'est pas démontré que le nouveau titre au porteur doive être accueilli avec faveur par la population. S'il est vrai que dans les campagnes l'obligation hypothécaire soit le principal instrument de crédit, s'il est possible à la rigueur que le billet hypothécaire, qui a une certaine analogie avec elle, entre momentanément dans les habitudes, ce résultat ne sera rien

moins que durable, car il serait en désaccord avec nos mœurs.

Le paysan est défiant, ennemi des nouveautés, il a gardé souvenir des assignats. Il comparera le billet de la Banque de France, qu'il échange si facilement contre de l'argent, avec le billet hypothécaire, et la comparaison qu'il fera d'instinct ne sera pas à l'avantage de ce dernier. De là à la suspicion, puis à la défaveur, pour peu que quelques expropriations se soient faites dans de mauvaises conditions, il n'y a qu'un pas.

La *solution de la crise agricole* proposée par M. Fleury ne s'impose donc pas et le problème mérite qu'on l'étudie encore d'une manière approfondie. Le mal est grand, les remèdes sont rares et d'une application difficile. Cependant une bonne loi de crédit agricole ne serait pas dépourvue d'efficacité. Qu'on imite la Belgique, qu'on étudie les institutions des peuples étrangers, qu'on fonde des associations de crédit comme il en existe en Allemagne et en Italie, qu'on emploie une partie des fonds des caisses d'épargne en prêts faits aux cultivateurs, moyennant de solides garanties, et peut-être atténuera-t-on sensiblement les souffrances de l'agriculture. Ces divers moyens ne réduiront pas vraisemblablement le taux de l'intérêt à 2 fr. 50 0/0, mais, comme l'intérêt tend à s'abaisser progressivement, nous pouvons espérer que d'ici une époque peu éloignée l'emprunt, au lieu d'être, comme il arrive trop souvent, le signal avant-coureur de la ruine du cultivateur, deviendra l'instrument de son relèvement et de sa prospérité à venir.

H. PASCAUD.

## BIBLIOGRAPHIE.

### LÉGISLATION NOUVELLE DU TRAVAIL.

#### I. — LOI SUR LES SYNDICATS PROFESSIONNELS (promulguée le 21 mars 1884),

Par M. Alfred VEYAN, avocat, suppléant de justice de paix à Marseille<sup>1</sup>.

Compte rendu par M. P. LOUIS-LUCAS,  
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Le livre de M. Veyan se compose d'une courte préface et de trois parties. Dans la première, il rappelle la situation faite par la législation antérieure aux associations formées soit entre pa-

<sup>1</sup> 1886, 1. vol in-12.

trons, soit entre ouvriers, et ayant pour objet l'étude ou la défense de leurs intérêts professionnels. Les transformations qui se sont accomplies dans les méthodes de travail, les procédés industriels jusqu'alors inconnus, les conditions nouvelles de l'échange, rendaient nécessaire la suppression des entraves que les lois de l'Assemblée constituante et le Code pénal de 1810 mettaient à l'exercice du droit d'association.

L'auteur passe en revue tous les précédents de la question. Il nous montre que l'Assemblée constituante a voulu qu'il n'y eût, en face de l'État, préposé à la défense des intérêts généraux, que des individus ayant souci de leurs intérêts particuliers. Mais on a fini par reconnaître ensuite que les intérêts politiques n'étaient pas les seuls intérêts collectifs, qu'il en existe d'autres à côté d'eux et que l'association libre leur fournit un puissant moyen de sauvegarde. Le Gouvernement commença par tolérer certaines associations, sur lesquelles vinrent s'en greffer d'autres; dont le procédé de formation était, à raison de son caractère secret, rendu insaisissable. La loi sur les syndicats professionnels, promulguée en 1884, a eu pour but de convertir la tolérance en droit. Elle procède de cette idée que, l'entente entre les intérêts similaires étant inévitable, ce serait lui enlever tout caractère dangereux que de la rendre publique. M. Veyan approuve le principe de cette loi et il se propose de la commenter. Il en expose d'abord l'historique et il indique que cette innovation tardive donne un sens et une portée pratique à la loi incomplète de 1864 sur les coalitions. Autoriser, en effet, les coalitions, sans permettre de s'associer, n'était-ce pas presque un leurre? Mais il y a plus : la coalition conduit à la grève; l'association peut, au contraire, la prévenir dans bien des cas. L'exemple de l'Angleterre est là pour le démontrer. — Après avoir expliqué et justifié le principe; après avoir résumé les modifications successives qu'a fait subir le Parlement au projet du Gouvernement, l'auteur passe, dans la deuxième partie de son livre, à l'analyse et au commentaire de chacun des articles de la loi.

Grâce à une étude attentive des travaux préparatoires et à un examen consciencieux des décisions rendues par les tribunaux, il arrive à préciser avec netteté les intentions du législateur et à

résoudre les principales difficultés auxquelles la pratique a donné naissance. Nous signalerons, en particulier, les détails très complets qu'il nous donne sur la nature de la personnalité civile conférée aux syndicats. Une des questions les plus graves qui se posent à cet égard est celle de savoir si les syndicats peuvent acquérir à titre gratuit. Un des projets le leur défendait; mais, la prohibition expresse ayant disparu, nous nous trouvons en présence d'un texte assez ambigu. M. Veyan estime que, par cela seul qu'ils ont une personnalité civile, les syndicats professionnels sont capables de recevoir des dons ou des legs mobiliers, sans que, pour cela, ils aient à obtenir au préalable aucune autorisation du Gouvernement. Si le doute est permis sur cette solution, du moins doit-on reconnaître que la discussion du problème est bien conduite.

Mentionnons également, comme dignes de remarque, les indications fournies sur le point fort important de savoir si les personnes exerçant une profession libérale, comme les médecins et les professeurs, par exemple, peuvent former une association pour la défense des intérêts matériels de leur profession.

On ne saurait trop louer l'auteur de conseiller aux ouvriers, ainsi qu'il le fait, de profiter de la loi et de ne pas persévérer dans leurs associations secrètes. Mais il nous semble aller trop loin, quand il espère que l'avenir verra disparaître les derniers vestiges des entraves apportées au droit d'association entre les travailleurs, anéantir les sévérités spéciales contre les violences commises à propos des grèves, la nécessité de communiquer au Gouvernement les statuts et les noms des administrateurs, supprimer enfin l'exclusion des étrangers de l'administration des syndicats.

Ce sont là, n'hésitons pas à le dire, autant d'imprudentes et périlleuses revendications. Du moins témoignent-elles de l'esprit extrêmement libéral qui inspire M. Veyan dans son appréciation de la loi du 21 mars 1884.—Un résumé analytique de cette loi et un formulaire terminent utilement cet intéressant petit ouvrage.

P. LOUIS-LUCAS.

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

## EXAMEN DOCTRINAL

## DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT,

Par M. Ch. TESTOUD, professeur à la Faculté de Grenoble.

SENS DES MOTS : VENTE JUDICIAIRE D'IMMEUBLES. — LICITATION ENTRE MAJEURS. — DROITS A RESTITUER. — LOI DU 23 OCTOBRE 1884. — Cass. civ. 6 avril 1887.

Lorsque le prix d'une vente judiciaire ne dépasse pas 2,000 fr., les droits de timbre, d'enregistrement, de greffe et d'hypothèque, qui ont été perçus sur les actes de la procédure, sont sujets à restitution. Tel est le principe de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 23 octobre 1884. L'étendue de ce principe a donné lieu à une assez grave question, dont le monde des affaires s'est vivement préoccupé. Quel est au juste le sens des mots : vente judiciaire, et que comprennent-ils? N'y a-t-il de ventes judiciaires que celles qui ont été ordonnées par la justice et qui n'auraient pas pu avoir lieu, si la justice ne les avait pas ordonnées? Ou bien, au contraire, la vente peut-elle être qualifiée à juste titre de vente judiciaire toutes les fois qu'elle est prescrite par le juge, alors même qu'en fait les parties auraient pu, en se mettant d'accord, rendre inutile l'intervention de l'autorité judiciaire et procéder elles-mêmes à la vente? La question se pose en matière d'adjudications sur licitation. Lorsqu'il y a des mineurs parmi les copropriétaires, aucun doute n'est possible. Alors, la vente est judiciaire, dans toute la force du terme. Elle est prescrite par le tribunal et sans la prescription du tribunal elle ne pourrait avoir lieu. Elle nécessite des formalités assez longues et assez coûteuses; mais à ces formalités, il était absolument impossible d'échapper. La vente ne pouvait pas se faire à l'amiable.

Il n'en est plus de même quand les copropriétaires sont tous majeurs et capables. La licitation n'a lieu, en pareil cas, que pour faire cesser l'indivision. La vente judiciaire n'est pas de nécessité. On pourrait s'en passer. Si elle a lieu, c'est que les intéressés ne sont pas d'accord sur le lotissement, les mises à prix, les conditions générales de la vente. L'intervention de l'autorité judiciaire est motivée par le désaccord des cohéritiers. Mais c'est là une cause absolument contingente. Disons-nous

néanmoins que nous sommes en présence d'une vente judiciaire ? Admettrons-nous le principe de la restitution des droits ?

La régie a soutenu que le dégrèvement fiscal de la loi du 23 octobre 1884 ne s'appliquait pas au cas de licitation entre majeurs. Il faudrait pour cela que la vente judiciaire fût une nécessité et non un accident. Or la vente judiciaire n'est qu'un accident, quand les divers copropriétaires sont majeurs.

On paraît avoir voulu d'abord argumenter du § 3 de l'art. 2. Ce texte ne contient qu'une disposition de pure procédure. Mais cette disposition est significative. La loi suppose que les immeubles qu'il s'agit de vendre sont indivis entre des mineurs et des majeurs. « Ces derniers, dit-elle, pourront se réunir aux représentants de l'incapable, pour que la vente ait lieu, sur requête, comme si les immeubles appartenaient à des mineurs. » On a ainsi rendu facultative l'application du § 2 de l'art. 953 du Code de procédure civile. Or, peut-on dire, la seule prévision de cette hypothèse met bien en lumière l'intention du législateur. Il n'a admis l'assimilation à la vente des biens de mineurs que pour les immeubles indivis entre majeurs et mineurs. Cela n'implique-t-il pas que si l'indivision n'existait qu'entre cohéritiers majeurs et capables, il n'y aurait pas à se préoccuper des dispositions de la loi de 1884 ? En somme la seule hypothèse de détail qui soit envisagée par nos textes est celle d'une vente judiciaire nécessaire. Concluons-en que les ventes qui ne sont judiciaires qu'accidentellement ne participent pas au bienfait de la nouvelle loi.

Quand l'immeuble indivis entre personnes majeures et capables se vend par autorité de justice, c'est que les intéressés n'ont pas pu s'entendre pour procéder plus simplement. Faut-il que les intérêts du trésor public souffrent des mésintelligences qui peuvent surgir entre les copropriétaires ? La vente n'aurait en effet été l'objet et l'occasion d'aucun dégrèvement, si le désaccord des parties n'avait pas rendu nécessaire une vente en justice.

L'esprit de la loi peut encore être invoqué dans le sens de cette opinion. On conçoit parfaitement la faveur de la loi, lorsque les formalités et les frais qui en sont la conséquence ne pouvaient pas être évités. Mais la raison du dégrèvement n'existe plus, lorsque c'est par le fait des copropriétaires que ces frais ont eu lieu.

Le jugement rendu le 25 mai 1886 par le tribunal civil de Carpentras et depuis lors l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1887 ont condamné la prétention de la Régie et admis l'interprétation la plus large de la loi du 23 octobre 1884. La licitation entre majeurs bénéficierait donc du dégrèvement des droits de timbre et d'enregistrement, de greffe et d'hypothèque. C'est cette doctrine qui nous semble la plus conforme à la vérité.

Le texte de la loi d'abord lui est favorable. L'art. 1<sup>er</sup> vise les ventes judiciaires, dont le prix d'adjudication ne dépassera pas 2.000 fr. Aucune définition restrictive du sens des mots : ventes judiciaires n'a été donnée par le législateur. L'interprète ne peut donc que se référer au sens naturel. La vente judiciaire est celle qui est ordonnée par la justice. Qu'importent après cela les circonstances du fait ? Que l'autorisation de la justice ait été *a priori* nécessaire ou qu'elle le soit devenue ultérieurement, parce que les copropriétaires n'étaient pas d'accord, la vérité est que, dans tous les cas, l'adjudication a lieu parce que les tribunaux l'ont ordonnée. La vente est judiciaire. La loi n'a pas distingué. Nous n'avons pas le droit de faire ce qu'elle n'a pas fait. Ce principe est appliqué en matière fiscale, comme en matière civile. « Le caractère des lois qui créent l'impôt, dit la Cour de cassation, dans son arrêt du 15 janvier 1884, est de ne pouvoir être ni étendues, ni restreintes, mais d'être littéralement appliquées et exécutées. »

On aurait pu, lors de la loi du 23 octobre 1884, limiter le dégrèvement aux ventes judiciaires intéressant les incapables, et pour lesquelles on est obligé de remplir des formalités judiciaires. La loi, dans ce cas, serait conçue en faveur des personnes et non en faveur des biens. Mais il aurait fallu le dire. Or précisément on ne l'a pas dit et même on a dit le contraire. « La faveur, disait M. Munier, au Sénat, le 25 mars 1884, s'attache à l'immeuble et non à la personne du propriétaire. » Et c'est bien ainsi que la réforme avait été comprise par le gouvernement qui la proposait. « Les ventes judiciaires d'immeubles, disait M. Dufaure, dans l'exposé des motifs, donnent lieu à des formalités qui entraînent des frais relativement peu considérables pour les immeubles d'une certaine valeur, mais écrasants pour les petites propriétés. Il résulte des statistiques publiées annuelle-

ment par le ministère de la justice que, lorsque le prix d'adjudication est inférieur à 500 fr., les frais s'élèvent jusqu'à 125 0/0 de ce prix. Si le montant de l'adjudication est supérieur à 500 fr. et n'excède pas 1.000 fr., la proportion des frais relativement au prix est de 50 0/0. Au-dessus de 1.000 fr. et jusqu'à 2.000 fr., cette proportion est encore de 25 0/0. La situation que révèlent ces statistiques appelle un remède immédiat. Dans un pays comme le nôtre, où la propriété est très divisée, l'intérêt public, aussi bien que la justice, exige que les petits patrimoines soient protégés contre une exagération des frais judiciaires, qui équivaut pour eux à une véritable ruine. » Pour nous, la véritable pensée de la loi est là. On a voulu que les frais de vente judiciaire ne fussent pas supérieurs à la valeur de l'immeuble vendu. Cette raison est toujours vraie, quelles que soient les circonstances qui aient amené la vente judiciaire. Peut-on raisonnablement admettre que le dégrèvement jugé équitable, exigé, dit M. Dufaure, par l'intérêt public aussi bien que par la justice, en matière de licitation entre mineurs, cesse tout d'un coup d'être équitable, parce que les cohéritiers sont majeurs? Ceux-ci ont le droit reconnu par la loi de recourir à l'autorité judiciaire, en cas de désaccord, pour faire ordonner la vente. Il faut que de ce droit ils puissent user utilement, et sans avoir à redouter « cette exagération des frais judiciaires qui équivaut à une véritable ruine. »

Quant au § 2 de l'art. 2, il prévoit et règle, sans aucun doute, une hypothèse de licitation nécessaire, entre majeurs et mineurs. Mais en résulte-t-il que la licitation entre majeurs doit être exclue du bénéfice de la loi? Nous ne le pensons pas et à l'argument que l'on semble vouloir puiser dans ce texte, nous croyons que l'on peut faire trois réponses :

D'abord, la formule du paragraphe ne paraît pas conçue en termes tels qu'ils puissent autoriser l'argument *a contrario*. On ne dit pas : « les licitations entre majeurs et mineurs jouiront du bénéfice de la présente loi. » Cela serait décisif. On pourrait alors affirmer, avec certitude, que la licitation entre majeurs seulement, est en dehors des prévisions de la loi de dégrèvement. Mais ce n'est pas là la formule du n° 2 de l'art. 2. Il n'y est pas question de dégrèvement. Il y est question de procédure civile.



Les majeurs sont simplement autorisés à se joindre aux mineurs pour provoquer un jugement sur requête ordonnant la vente des immeubles indivis. Il y a là, ainsi que nous le remarquons plus haut, une dérogation à l'art. 953 du Code de procédure. Comment dès lors pourra-t-on tirer de ce texte un argument *a contrario*?

Nous dirons, en second lieu, que le paragraphe en question n'est pas à sa place dans la loi du 23 octobre. Il serait à sa place dans la loi de révision du Code de procédure. Ici il est un peu dépaycé. C'est un étranger. Sa présence s'explique du reste par les travaux préparatoires. Il se produisit en effet, notamment devant la Commission du Sénat, des propositions tendant à élargir considérablement le cercle de la loi nouvelle. Ce ne devait pas être seulement une loi fiscale, mais aussi et peut-être surtout une loi de procédure. On demanda, à l'occasion du projet, la révision du Code de Procédure, avec examen spécial et immédiat de la partie relative aux ventes judiciaires. Le texte en question est un vestige et pour ainsi dire un témoignage de ces bonnes intentions du législateur.

Enfin, l'art. 2, lui-même, dans son paragraphe final, nous fournit une raison présomptoire. « Dans les procédures, y est-il dit, où la licitation est incidente aux opérations de liquidation et partage, le bénéfice de la présente loi sera acquis à tous les actes nécessaires pour parvenir à l'adjudication, à partir du cahier des charges inclusivement; les frais antérieurs ne seront pas employés en frais de vente. » La voilà prévue la licitation. La voilà prévue et dans tous les cas, sans distinction, quelle que soit la qualité des parties. Et que l'on remarque la précaution prise par le législateur qui élimine de l'état des frais de la vente, tous les dépens antérieurs au cahier des charges. Cela ne répond-il pas à toutes les objections? On prévoit un débat sur la licitation. Mais ce débat ne se produira-t-il pas surtout quand elle n'est pas nécessaire et qu'elle est provoquée entre majeurs n'ayant pu s'entendre?

Nous adhérons donc pleinement à la doctrine qui étend le bénéfice de la loi à toutes les adjudications sur licitation.

MUTATION PAR DÉCÈS. — SUCCESSION VACANTE. — Cass. civ. 19 octobre 1886.

« L'objet de la science, dit quelque part M. de Savigny, est de poursuivre jusqu'à sa première racine toute doctrine donnée par

le passé et d'en découvrir le principe organique de façon que ce qui vit encore dans cette doctrine se détache de ce qui est mort et n'appartient plus qu'à l'histoire. » La question résolue par l'arrêt du 19 octobre 1886 fournit une remarquable occasion d'appliquer ce précepte. Dans la solution qui domine en jurisprudence, il nous sera facile de découvrir la persistance opiniâtre d'une tradition féodale.

Quand une succession est vacante et administrée par un curateur, les droits de mutation par décès sont-ils dus, et, s'ils sont dus, quelle en est la quotité?

Une jurisprudence constante de la Régie, accueillie avec faveur par la Cour de cassation, admet que les droits de mutation sont dus malgré la déclaration de vacance, et la Régie en détermine la quotité, par une instruction du 15 juin 1878. Cependant, la lutte continue. Quelques tribunaux résistent et la controverse a été pour ainsi dire renouvelée, dans un récent *Traité sur l'Enregistrement* (Voir M. Naquet, n° 882).

Quels arguments donne-t-on pour établir une thèse qui paraît, à première vue, contraire au vulgaire bon sens? Il semble en effet étrange et même insoutenable que les droits soient dus alors qu'il n'y a pas de transmission effective, pas de successeur recevant la succession.

On dit d'abord que les choses se passaient déjà ainsi du temps du centième denier. « Si la succession est vacante, dit Bosquet, le droit de centième denier doit être payé de la valeur des immeubles qui en dépendent, et il doit être payé par préférence à tous créanciers, sur les fruits, revenus et effets de la succession. » (Bosquet, cité par M. Naquet, *Dictionnaire du Domaine*, tome II, page 527).

On donne ensuite deux arguments de texte. L'art. 24 de la loi de frimaire fait courir le délai utile pour faire la déclaration et acquitter le droit du jour du décès et non du jour de l'adition d'hérédité, et l'art. 39 punit d'un demi droit en sus celui qui n'a pas satisfait, dans ce délai, aux prescriptions de l'art. 24. Cet impôt, ajoute l'arrêt de la Cour suprême du 19 octobre 1886, a donc, selon le texte et l'esprit de la loi qui l'a établi, le caractère d'une dette naissant avec l'ouverture de la succession et inhé-

rente dès ce moment à tous les biens qui la composent. » Peu importe dès lors que la succession soit ou non vacante.

On ajoute, c'est toujours l'arrêt de 1886 qui parle, qu'en cas de succession vacante, le curateur représente l'hérédité, être moral, non encore personnifié dans un héritier connu, au nom duquel sont exercés tous les droits actifs et passifs dont le défunt a été nécessairement dépouillé par la mort. Il y a donc mutation et transmission de propriété, du défunt à l'hérédité, qui est, par conséquent, tenue au paiement des droits. Cet argument d'une subtilité rare n'est, du reste, pas nouveau. Le rédacteur de l'arrêt de 1886 l'a copié, sans y rien changer, dans un des arrêts célèbres du 23 juin 1857.

On a invoqué aussi, dans le même sens, les art. 27 et 29 de la loi du 22 frimaire an VII qui déclarent que le paiement des droits de mutation par décès peut être poursuivi contre les héritiers, leurs tuteurs et curateurs. L'art. 39 applique en outre les pénalités fiscales aux tuteurs et curateurs. Qu'est-ce à dire? Le mot : curateurs, comprend à coup sûr, dans sa généralité, les curateurs à successions vacantes. Ces successions supportent donc, comme les autres, les droits de mutation.

Nous trouvons, pour notre part, la solution de la Cour de cassation, bien dure, au point de vue de l'équité. Elle est d'autant plus dure, d'autant plus rigoureuse que nos lois fiscales n'admettent pas la distraction des charges pour le calcul des droits de mutation à percevoir sur l'hérédité et que les successions vacantes sont généralement, pour ne pas dire toujours, les successions les plus obérées et que c'est même pour cette raison qu'elles sont vacantes. Il suit de là que la perception des droits se fait au préjudice de créanciers qui sont déjà en perte, ce qui lui donne un caractère plus accentué d'injustice.

Cette première considération, décisive au point de vue législatif, ne nous arrêterait cependant pas si la thèse de la Cour de cassation était conforme aux principes. Mais est-elle même conforme aux principes?

L'autorité de la tradition que l'on invoque en premier lieu ne saurait nous toucher. Pour qu'elle fût péremptoire, il faudrait que l'état politique et social auquel s'adaptaient les anciennes

règles fût encore debout. Or l'ancien principe avait sa racine dans le régime féodal et il ne pouvait s'expliquer que par ce régime aujourd'hui aboli. Le droit de relief était un droit féodal. Ce droit, disaient les feudistes, ne peut pas subir d'interruption ; il est permanent et s'applique aux biens, quelle qu'en soit la situation juridique. « Il n'est pas juste que le seigneur soit sans hommes, pendant un temps considérable, » disait Ferrière, sur l'art. 34 de la Coutume de Paris. De ce point de départ, on était arrivé à dire que le curateur jouait le rôle d'un homme vivant de nouveau, et qu'il était dès lors comme le successeur du vassal décédé. Il y avait donc une mutation fictive.

Peut-on aujourd'hui tenir un pareil langage ? Evidemment non. Le droit de mutation actuel est un vulgaire impôt, applicable à la transmission du patrimoine. Où il n'y a pas de transmission du patrimoine, il ne peut pas y avoir de droit de mutation. Or dans le cas de la succession vacante, il n'y a pas de transmission, par la raison excellente que personne n'en a voulu.

Mais, dit-on, il y a un débiteur de l'impôt, un bénéficiaire de la transmission — c'est l'hérédité elle-même, qui constitue une personne morale. Nous avouons ne pas comprendre cette subtilité qui se rencontre pourtant à plusieurs reprises dans les arrêts que la Cour de cassation a rendus à ce sujet. Tout d'abord plaçons-nous au point de vue de la raison vulgaire, qui a bien quelque valeur même dans le domaine juridique. Peut-on concevoir que le patrimoine du défunt, c'est-à-dire l'ensemble de ses biens et de ses dettes, ait été transmis à un être fictif qui serait l'hérédité ? Est-ce que les termes de la proposition n'en démontrent pas l'inexactitude, mieux que tous les raisonnements que l'on pourra faire ? Le patrimoine du défunt ne peut pas être transmis à son hérédité.

Pour que l'hérédité fût une personne morale à qui la transmission pût se faire, il faudrait que ce fût une personne morale distincte du défunt. Or c'est précisément ce qui n'a pas eu lieu. L'hérédité n'existe qu'en empruntant la personnalité du défunt. Elle n'a donc pas de personnalité propre. Le Droit romain, que l'on croit faire ainsi revivre, ne paraît pas avoir eu le sens qu'on lui donne. « Les Romains, dit M. Naquet (tome II, page 344),

n'ont jamais traité l'hérédité comme une personne morale. Ils se sont bornés à régler la situation juridique des intéressés en feignant tantôt la prolongation d'existence du défunt, tantôt l'acquisition anticipée de la succession par l'héritier ».

Sans doute, l'art. 27 de la loi de frimaire charge les curateurs des droits de mutation et les en rend personnellement responsables. Mais de quels curateurs s'agit-il ? Il s'agit des curateurs des héritiers incapables. Le texte est assez clair à cet égard. Les aliénés, avant le Code civil, avaient des curateurs. C'est de ces curateurs que l'on a voulu parler et non des curateurs aux successions vacantes.

Disons enfin que le tarif des droits exigibles, en cas de successions vacantes aurait été fixé par la loi de frimaire, si celle-ci avait prévu que notre question pût se poser. Les proportions établies par l'administration dans l'instruction du 15 juin 1878 sont tout simplement arbitraires. On a complété la loi et prévu ce que ses auteurs ne prévoyaient pas.

Le système auquel la Cour de cassation s'est arrêtée est donc très critiquable. Il ne serait admissible qu'à la condition de dénaturer l'impôt des mutations par décès. Cet impôt ne serait plus un impôt, mais un prélèvement que l'Etat exercerait sur les successions en vertu d'un droit de domaine éminent ou de copropriété. Mais cette conception de l'impôt sur les successions a été solennellement condamnée par la Cour suprême, dans ses arrêts du 23 juin 1857. L'impôt sur les successions est un impôt, c'est-à-dire une dette des citoyens qui héritent. » Comme tous ceux qui composent un Etat, dit Vauban, ont besoin de sa protection pour subsister et se maintenir chacun dans la situation naturelle, il est naturel que tous contribuent aussi selon leurs revenus à ses dépenses et à son entretien. » (*Dime Royale*, p. 228). L'Etat ne prélève donc rien sur les successions, comme le copropriétaire. — Il fait payer des droits à ceux qui héritent, d'après leur degré, et, lorsque personne n'hérite, les droits n'ont plus leur raison d'être.

CONCESSION DE CHEMINS DE FER. — NATURE MOBILIÈRE DU DROIT DE CONCESSION.  
 5 — TRANSCRIPTION. — Cass. civ. 20 juillet 1886.

Un acte portant vente de biens immobiliers et en même temps de biens dont la nature mobilière ou immobilière est sujette à

controverse est présenté à la formalité de la transcription, sans réquisition limitative. Dans l'espèce, il y avait vente d'immeubles par nature et d'un droit de concession de chemin de fer. Que doit faire le conservateur? L'arrêt précité lui trace sa ligne de conduite. Malgré l'absence de réquisition limitative, il ne doit percevoir le droit de 1 fr. 50 que sur la valeur des immeubles. Quant aux valeurs mobilières, si leur nature n'est pas douteuse, il doit s'abstenir. Si leur nature peut être contestée, il doit percevoir à titre provisoire. Passant des principes à l'application, la Cour consacre une fois de plus la nature mobilière du droit des concessionnaires de chemins de fer et affranchit du droit de transcription la valeur stipulée pour prix de vente de la concession (Conf. arrêt de la Chambre civile du 15 mai 1861).

Nous sortirions du domaine de cette *Revue* en insistant sur cette dernière solution. Elle est du ressort du droit administratif. (V. Aucoc, *Commentaires sur le droit administratif*, n° 1315). Nos observations porteront surtout sur le devoir que l'arrêt impose au conservateur de vérifier la nature différente des valeurs transmises et de ne percevoir le droit que sur les immeubles.

On ne peut certainement qu'approuver l'arrêt. Dans les cas de la nature de celui qu'il juge, l'absence de réquisition limitative ne saurait tirer à conséquence et autoriser la perception sur les meubles, comme sur les immeubles. La réquisition limitative peut et doit même être présumée. Il n'y a lieu en effet de supposer la transcription requise que pour la stipulation de l'acte qui la rendait légalement nécessaire. C'est la formule même de la Cour. Mais nous remarquons qu'avec cette formule on peut aller assez loin. Pourquoi en effet désormais, quand un acte indivisible contiendra des dispositions non transcriptibles ne pas affranchir celles-ci de l'impôt? La raison de décider n'est-elle pas toujours la même? Avec notre arrêt, on peut en venir à condamner la règle qu'a si souvent soutenue la Régie, à savoir que le droit est dû sur tous les actes dont la transcription est volontairement requise, sans qu'il y ait à s'inquiéter de son utilité pour les intéressés. Il nous semble que l'exception particulière admise par l'arrêt de 1886 doit entraîner une exception plus générale.

CH. TESTOUD.

## COMPÉTENCE DES JUGES DE PAIX,

Par M. H. LESPINASSE, président honoraire à la Cour de Pau.

L'institution des justices de paix fut à son origine l'objet d'un véritable engouement. L'Assemblée constituante était fière de son œuvre, et l'on faisait, sur les résultats heureux que l'on attendait de la nouvelle magistrature, des idylles pleines de charmes. On aimait à y voir une touchante reproduction du saint roi Louis IX siégeant sans aucun appareil sous les ombrages de Vincennes. Pour varier un peu la légende, sans lui rien ôter de sa séduction, un auteur moderne se représente le juge de paix comme un Lamoignon plus glorieux des arbitrages qu'il exerçait entre les paysans de ses domaines, que des arrêts solennels qu'il rendait à la tête du parlement.

Mais comme toute médaille, si belle qu'elle soit, doit avoir son revers, d'autres appréciateurs croyaient voir revivre dans les justices de paix, ces tribunaux seigneuriaux que Loyseau appelait des *mangeries de village*. A notre humble avis elles ne méritent

Ni cet excès d'honneur, ni cette indignité.

L'institution est bonne en soi, et personne assurément ne songe à la supprimer, mais il ne faut pas, sous prétexte de perfectionnements imaginaires, lui enlever les avantages réels qu'elle présente, et en faire un danger pour les justiciables, une négation du droit et de la justice.

Voici comment le rapporteur de la loi de 1838, esprit sage et juriste éminent, chargé par la Chambre des députés d'étudier la question de savoir jusqu'à quel point il pouvait convenir d'étendre la compétence des juges de paix, précisait la mission de ces magistrats, les avantages qu'offre leur juridiction, les qualités du personnel en exercice à cette époque et les modifications heureuses que ce personnel semblait appelé à recevoir dans un prochain avenir.

« Ce qui a fait la grandeur des justices de paix, ce n'est pas d'avoir donné aux contestations de peu d'importance un juge rapproché des justiciables et une procédure expéditive et peu dispendieuse. Cette conception, qui s'appuyait sur de nombreuses analogies empruntées au passé, ne pouvait pas ne pas être réalisée

de nouveau. La véritable grandeur de l'institution consiste à avoir concentré dans les mains d'un seul magistrat, placé à la portée de tous et dans des circonscriptions de peu d'étendue, l'universalité des attributions qui constituent la justice élémentaire, maintiennent l'esprit de famille et assurent la paix publique.

« Mais comme il s'agit de trouver des juges de paix et des suppléants pour 2846 cantons, la prudence commande de borner leurs fonctions et leurs devoirs à ce que l'on peut raisonnablement attendre d'une classe très nombreuse de citoyens. Il ne faut pas donner à leur compétence une extension qui dépasserait les forces d'un juge unique, choisi, pour le plus grand nombre des petites localités, parmi les hommes qui ne sont pas attirés vers des emplois plus élevés ou des professions plus lucratives.

Un péril fort grave, dans lequel on tomberait si l'on multipliait sans mesure les affaires portées devant les justices de paix et si l'on augmentait trop leur importance, serait d'y créer des barreaux secondaires sans lumière, sans consistance sociale, et qui, trop souvent, offriraient dans nos campagnes un refuge aux hommes d'affaires rebutés par les grandes villes. »

Enfin, précisant plus exactement sa pensée relativement aux limites dans lesquelles il convenait de renfermer la juridiction des magistrats cantonaux, M. Renouard ajoutait : s'il n'y avait que des tribunaux de 1<sup>re</sup> instance, il existe une multitude d'affaires qui ne pourraient être portées devant eux, parce que le gain du procès ne dédommagerait pas des frais exposés.

Thouret, rapporteur de la loi de 1790, avait exprimé la même pensée dans ces termes « nous refusons l'appel pour des sommes modiques parce que les frais de ce recours dépasseraient en valeur l'objet du procès. »

Ni l'un ni l'autre ne se dissimulaient les inconvénients attachés à la mission d'un juge prononçant seul sur les contestations qui lui sont soumises ; il suffit en effet d'un peu de réflexion pour comprendre ces inconvénients ou plutôt ces dangers. Qu'il nous soit permis d'y insister un moment. N'arrive-t-il pas fréquemment que même avec quelques lumières et des intentions droites, on se laisse entraîner par une première impression, par un aperçu séduisant qui s'est offert dès l'abord à l'esprit ? Or, si cela



arrive à un juge qui doit prononcer seul, quelle ressource restera au plaideur contre lequel cette malheureuse préoccupation aura été conçue ?

Ce ne seront pas les explications fournies par les parties qui se présentent le plus souvent devant le tribunal de paix sans être assistées de défenseurs, bien qu'elles soient incapables de faire valoir elles-mêmes leurs droits ! Leur procès sera donc perdu faute d'un examen sérieux.

La situation est toute différente quand il y a des assesseurs. Si la solution qui s'est présentée à l'esprit du président est fautive, il y a bien des chances pour qu'elle ne soit pas acceptée sans observations par ses deux collègues, et il suffit que l'un d'eux conçoive quelques doutes, pour que la discussion s'engage, et que l'on puisse espérer d'en voir sortir la vérité.

Une des qualités les plus importantes d'une bonne justice, c'est le sentiment de sécurité qu'elle inspire. La confiance dans la décision d'un juge unique dépend beaucoup du respect que l'on accorde en général au principe d'autorité.

En Angleterre, ce respect s'est assez bien maintenu pour produire encore de bons résultats, et il doit être compté pour beaucoup dans l'ascendant que les juges de paix exercent sur leurs justiciables. Il n'en est pas de même en France ; sans trop insister sur un état passager peut-être, de l'opinion publique, il est certain que l'autorité a perdu chez nous beaucoup de son prestige et que ce n'est pas trop d'un corps constitué, entouré de quelques formes solennelles, pour commander la confiance.

Cette déférence s'attache aussi particulièrement à l'indépendance présumée du magistrat. Or, non seulement le juge de paix est révocable à volonté par le ministre qui le nomme, mais dans le milieu restreint où il se trouve placé, il est inévitablement circonvenu par toutes les influences locales, et comme il juge seul, ceux qui l'inspirent et le dominent lui tiennent ou lui demandent compte de tout ce qui se fait par son autorité : comment dans cette situation pourrait-on croire qu'il est parfaitement libre de ses déterminations, et qu'il obéit uniquement à la loi, à sa raison et à sa conscience ? L'Assemblée constituante avait eu quelque intuition de ces dangers lorsqu'elle avait entouré le juge de paix

d'assesseurs jugeant conjointement avec lui ; le décret du 29 ventôse an IX, qui supprima ces auxiliaires, ne donnait absolument aucun motif d'une altération si grave de l'institution primitive.

Le personnel des justices de paix, tel qu'il fonctionne dans les petites localités, c'est-à-dire presque partout, est-il de nature à faire disparaître ou du moins à atténuer ces appréhensions ? Il nous paraît utile de rapporter ce qu'en disait en 1806 le conseiller d'Etat Treilhard, chargé de présenter au Corps législatif le nouveau Code de procédure civile.

Il s'agissait d'expliquer pourquoi les juges de paix n'avaient pas réussi dans un grand nombre de localités, à réaliser le bien qu'on en avait espéré. « C'est, disait-il, parce que dans les temps de dis-  
« corde les magistrats n'étaient que trop souvent les hommes  
« d'un parti et non les hommes de la nation. On se demandait de  
« quel bord est le candidat sans se demander jamais : est-il probe,  
« est-il éclairé ? A-t-il l'impartialité et la fermeté, qui doivent  
« caractériser un magistrat ? et le choix du juge de paix était  
« livré au calcul de l'intrigue, qui avait à peine élevé un homme  
« qu'elle complotait sa chute et son remplacement, s'il ne se  
« montrait pas un instrument servile. »

Il faut croire que les choses ont changé depuis ; ces critiques s'appliquaient d'ailleurs aux juges élus, tandis que ceux d'aujourd'hui sont nommés par le pouvoir central. Mais enfin ne peut-on pas craindre qu'il subsiste encore assez de causes des mauvais choix signalés par Treilhard, pour que l'on puisse sans trop de pessimisme ne pas accorder une confiance illimitée à cette juridiction ?

La législation actuelle n'exigeant aucune garantie de la part des candidats, la préférence des ministres ne peut-elle pas s'égarer sur des hommes dépourvus de lumières, d'expérience et même d'honorabilité ? Sans nous arrêter à citer des exemples qu'on pourrait croire exceptionnels, ne voit-on pas chaque jour des maires, des adjoints, des conseillers municipaux tirer de leurs fonctions électives et de l'influence dont elles sont l'indice dans la commune, leurs principaux titres à l'obtention d'une justice de paix ? Les choix tombent aussi assez fréquemment sur les officiers ministériels du plus humble degré ; ces nominations sont-elles bien conformes à l'esprit de l'institution ? Un article exprès

de la loi de 1838 défend à ces agents de se présenter devant le tribunal de paix, même munis d'une procuration authentique. N'est-ce point parce que le législateur a craint que l'exercice habituel d'un ministère de rigueur, les préparât mal aux transactions qui sont de l'essence de la justice de paix ?

De ces considérations le lumineux rapport de M. Renouard, déduisait très judicieusement, les limites dans lesquelles devaient être renfermés les pouvoirs des juges de paix, pour ne présenter aucun danger. Il ne suffirait pas que la valeur du litige n'eût pas une très grande importance, car ce qui est *peu* pour un justiciable riche, peut être *beaucoup* pour celui qui possède à peine de quoi suffire à sa subsistance.

Ce criterium aurait donc été insuffisant. Aussi l'éminent magistrat en proposait-il un autre qui ne peut soulever aucune objection ; il faut, disait-il, que le taux de la compétence soit fixé de telle sorte qu'un mauvais jugement, tel qu'on peut en craindre d'un juge unique, dont rien ne garantit ni les lumières ni l'indépendance ni même la moralité, ne puisse compromettre qu'un intérêt d'une valeur inférieure à la dépense qu'entraîneraient, même pour la partie gagnante, les faux-frais d'un jugement rendu par un tribunal de première instance.

En prenant cette base d'appréciation on pouvait, ajoutait-il, étendre la compétence en dernier ressort de 50 livres, comme le voulait la loi de 1790, à 100 fr., mais il ne pensait pas qu'on put aller jusqu'à 150 fr. et ce fut aussi l'avis du parlement ; encore le rapporteur appuyait-il l'augmentation qu'il proposait sur cette considération, que l'État prospère de la fortune publique et privée, rendait l'innovation peu dangereuse. Pourrait-on dire aujourd'hui, que ce motif milite en faveur d'une extension nouvelle, de la compétence des juges de paix, et qu'une valeur excédant 100 fr. serait plus *négligeable* en 1888 qu'en 1838 ?

Le parti le plus sage est donc de laisser la compétence des juges de paix telle qu'elle a été réglée par la loi qui nous régit en ce moment. Tout au plus pourrait-on accorder ce qui était demandé alors, c'est-à-dire 150 fr. pour le dernier ressort et 300 fr. à charge d'appel. Mais cette insignifiante modification ne satisferait certainement pas les promoteurs de la prétendue

réforme, et tout en risquant de compromettre des intérêts véritablement importants pour les plaideurs pauvres, on céderait une fois de plus à cet esprit d'instabilité qui est un des maux dont nous souffrons le plus.

Mais si, à notre avis, il n'y a rien ou presque rien à changer à cette partie des attributions du juge de paix, il en est une autre dont la suppression serait facile à justifier.

Dans l'état actuel de la législation, le juge de paix connaît des actions possessoires, à quelque valeur que puisse s'élever l'objet du litige.

Il semble que les auteurs de cette disposition aient été uniquement préoccupés de la pensée que l'action possessoire ayant pour base un fait de trouble ou de dépossession, sans égard au fond du droit, rien ne devait être plus facile que de constater la situation telle qu'elle était, avant qu'une nouvelle année se fût écoulée, et que le juge le moins éclairé, pourrait suffire à cette appréciation. Mais la pratique n'a pas tardé à démentir cette simplicité apparente. Pour peu que l'on ait d'expérience en cette matière, on sait qu'elle constitue l'un des tourments des juges de paix, et que pour quelques affaires, dans lesquelles les questions à résoudre ne présentent rien d'embarrassant, il en est un grand nombre, qui exigeraient les connaissances juridiques les plus approfondies. L'un des commentateurs les plus érudits du Code de procédure s'exprime ainsi à ce sujet : « Les actions possessoires exigeraient « seules l'étude la plus sérieuse des principes du droit et des « dispositions de nos anciennes ordonnances.

« Quels sont les caractères de la possession civile? Qui peut  
« intenter l'action possessoire? Contre qui doit-elle être dirigée?  
« Quelles choses peuvent en être l'objet? Qu'est-ce que cumuler  
« le possessoire et le pétitoire? Quand y a-t-il lieu au dernier  
« ressort? Quand est-il permis de consulter les titres pour adju-  
« ger la possession? Vous ne trouverez pas un mot de tout cela  
« dans la loi de 1790, et le Code de procédure en dit fort peu  
« dans les cinq articles qui composent le titre sur le jugement des  
« actions possessoires. »

Comment les juges de paix, tels que tout le monde en connaît de précieux spécimens, parviendraient-ils à combler [de semblables lacunes et à surmonter de pareilles difficultés?

Que faudrait-il donc faire? Si nous avons à ouvrir un avis sur ce point délicat, nous proposerions de réserver au président du tribunal de première instance, statuant en référé, la connaissance de ces actions: il les jugerait seul en cas d'urgence, et lorsque la simplicité des questions à résoudre le permettrait, il en reverrait la connaissance au tribunal entier, comme la loi l'y autorise, quand il croirait opportune une plus mûre information.

On objecte qu'il pourrait résulter de là une confusion regrettable entre le possessoire et le pétitoire.

On ne fait pas attention que ce danger, en le supposant réel, existe dans l'état actuel de notre législation, car, dans toutes les affaires graves, la sentence du juge de paix est portée en appel devant le tribunal, qui ne devra pas moins être saisi de l'action pétitoire.

Si nous omettions de mentionner dans cette notice, l'essai de conciliation, que la loi confie aux juges de paix, et qui prévient, dit-on, un si grand nombre de contestations judiciaires, on nous accuserait probablement de méconnaître l'un des services les plus précieux que cette institution rend aux justiciables.

Les comptes annuels de l'administration de la justice présentent, en effet, un chiffre énorme d'affaires terminées de cette façon par les juges de paix. Mais si au lieu de considérer uniquement le nombre des transactions accomplies, on voulait tenir compte de leur valeur juridique, on n'aurait peut-être pas lieu de s'en féliciter autant qu'on le croit; on y découvrirait sans peine bien des droits manifestes sacrifiés, bien des prétentions injustes à demi-triomphantes.

Le préliminaire de conciliation n'est pas une nouveauté; il était en usage aux époques les plus reculées dans la juridiction ecclésiastique.

Mais il est facile de comprendre combien est délicate la mission d'un médiateur; il lui faudrait un savoir étendu, un discernement prompt et sûr, un zèle pour la justice que rien ne pût faire fléchir, et avec cela une autorité morale devant laquelle les justiciables fussent disposés à s'incliner.

La conciliation est le plus souvent une transaction; elle consiste dans les concessions réciproques que se font les parties.

Mais quelles propositions d'accommodement pourra faire le magistrat qui ne saura pas discerner quel est le droit rigoureux de chacun des comparants? Se bornera-t-il à proposer des termes moyens? Mais le terme moyen peut être quelquefois une criante injustice, si l'une des parties, mue par l'amour de la paix, a offert tout ce que pouvait demander à la rigueur son adversaire, et si ce dernier a exagéré sa prétention au-delà de toute mesure, précisément parce qu'il comptait sur ce système de juste-milieu, si commode pour le magistrat hors d'état d'apprécier par lui-même ce qui serait vraiment équitable.

Un conciliateur, pour être vraiment utile, aurait donc besoin de posséder à un très haut degré les qualités les plus précieuses qui puissent recommander à l'estime publique un organe officiel de la loi. Est-on bien sûr d'en trouver au moins quelque trace dans cette masse d'affaires transigées dont parlent les statistiques?

Il n'en avait pas une opinion aussi favorable, le juriste consommé et très démocrate qui écrivait en parlant des juges de paix de la première époque :

« Au lieu d'étouffer les procès, en éclairant le demandeur sur l'injustice ou le mal fondé de ses prétentions, ils arrachent aux hommes ignorants ou timides, par des remontrances revêtues d'une couleur d'autorité, le sacrifice de droits incontestables. »

L'abus devint si révoltant dès les premiers temps de l'institution, que le ministre de la justice crut devoir le réprimer au moyen d'une circulaire du 29 brumaire an V, ainsi conçue :

« Les membres des bureaux de conciliation ne doivent pas  
 « perdre de vue le but de leur institution primitive et la nature  
 « de leurs attributions; ce sont de simples médiateurs qui n'ont  
 « d'autre mission que celle de prévenir, dès le principe, à l'aide  
 « de leurs lumières et de leurs conseils, les procès dont les par-  
 « ties sont menacées. Leurs fonctions, purement conciliatrices,  
 « font entièrement disparaître le caractère du juge dont ils se trou-  
 « vent investis pour d'autres circonstances. Ce n'est que par les  
 « armes de la conviction et de la raison, que les hommes de paix  
 « et de conciliation, peuvent combattre l'opiniâtreté du plaideur  
 « prévenu; qu'ils se gardent donc de substituer le poids, toujours  
 « dangereux, de leur propre opinion, à la volonté libre de l'une

« ou de l'autre des parties ; qu'ils se méfient de l'ascendant de leur talent et de leur autorité, pour obtenir d'elles des sacrifices désavoués à l'instant, par la volonté intime de celui qui les aurait faits ; qu'ils ne s'érigent point en arbitres des différends, si les parties elles-mêmes ne les constituent tels. S'ils évitent ces divers écueils, les parties, loin de regretter des consentements quelquefois prêtés trop légèrement, béniront des accommodements qui seront le fruit de la réflexion, de l'équité et de la raison. »

Le mal auquel le ministre de la justice cherchait à porter remède, a vivement préoccupé le législateur dans les pays voisins du nôtre, et il a cherché à le prévenir par une organisation toute différente du préliminaire de conciliation. En Prusse, en Hollande, à Genève, c'est devant le président du tribunal de première instance ou devant l'un des juges délégué à cet effet, que l'essai de conciliation a lieu. On exige même que l'instance soit déjà engagée, afin que les magistrats soient mieux en mesure de connaître sur quelles bases la transaction peut équitablement s'opérer.

Dalloz admet, avec Boncenne et Carré, qu'il est préférable de prendre le médiateur en dehors des juges du fond, afin de laisser aux parties plus de liberté pour débattre leurs intérêts dans ce préliminaire et pour épargner au tribunal les préventions que l'insuccès de la conciliation aurait pu leur laisser ; mais il ajoute qu'en raison des difficultés que présente cette mission, le magistrat qui en serait chargé, devrait être choisi parmi les juges du tribunal de première instance les plus renommés par le savoir et l'expérience, et que ses fonctions devraient être rehaussées par l'élévation du traitement et du degré hiérarchique, qui seraient à peu près les mêmes que ceux du président du tribunal, ce qui revient à dire qu'il faudrait créer un nouvel emploi largement rétribué. Le moment nous paraîtrait mal choisi pour accorder une telle prime à un travers de notre temps qu'on a nommé le *fonctionnarisme*. Nous laisserions donc, au moins provisoirement, cette attribution au juge de paix. Nous voudrions seulement qu'à la place des dithyrambes qu'on est en train d'entonner en leur honneur, on leur renouvelât de temps en temps la circulaire du 29 brumaire an V. — On ne nous demandera pas sans doute

si nos critiques ne comportent pas d'exceptions? Nous l'avons suffisamment fait entendre, dans le cours de notre notice; on trouve dans les villes des juges de paix qui figureraient très convenablement dans des tribunaux de 1<sup>re</sup> instance et même dans des cours d'appel; mais qu'est-ce que ce petit nombre auprès de la masse à laquelle s'appliquent nos observations? On pourrait bien en dire avec le poète : Apparent rari nantes in gurgite vasto.

H. LESPINASSE.

DU SORT, EN CAS DE RÉCONCILIATION ENTRE LES ÉPOUX,  
DES DONATIONS PAR CONTRAT DE MARIAGE FAITES AU  
PROFIT DE L'UN D'EUX PAR SON CONJOINT, ET RÉVO-  
QUÉES PAR L'EFFET DE LA SÉPARATION DE CORPS,

Par M. Ernest VALABRÈSUE, conseiller à la Cour d'appel d'Aix.

I.

1. La jurisprudence vient de se prononcer pour la première fois sur cette délicate question. Un arrêt de la Cour de Caen du 15 avril 1885<sup>1</sup> pose, en principe, que la réconciliation des époux fait revivre *de plein droit*, dans le cas qui nous occupe, les avantages dont l'un des époux était déchu par suite de la séparation de corps prononcée contre lui. Cet arrêt mérite une attention toute spéciale à raison de la nouveauté de la doctrine qu'il consacre. Sa lecture nous a suggéré l'idée d'étudier de près l'intéressante controverse qu'il soulève. Nous nous proposons de rechercher dans cette étude quelle est la solution qui, selon nous, doit prévaloir, si celle qui a été adoptée par la Cour de Caen est pleinement satisfaisante, et si elle est de nature à fixer la voie dans laquelle la jurisprudence doit marcher désormais.

2. Précisons, avant tout, la question qu'il s'agit de résoudre.

D'après l'art. 299 du Code civil, qui a été maintenu par la loi du 27 juillet 1884 relative au divorce, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. Depuis l'arrêt des chambres réunies du 23 mai 1845<sup>2</sup>, la jurisprudence, en général, étend à la séparation de corps les dispositions de cet article.

<sup>1</sup> P. 1887 (p. 1000 et suiv.).

<sup>2</sup> P. 1845, 1, 625.



Mais la réconciliation des époux peut mettre un terme à la séparation de corps. Que deviendront, dans ce cas, les donations faites au profit de l'un d'eux par son conjoint dans le contrat de mariage? Revivront-elles de *plein droit*, par le seul effet de la réconciliation? Pourra-t-on tout au moins les rétablir, avec leur caractère primordial, en obéissant aux règles prescrites par l'article 1451 du Code civil? Ou bien, ne pourra-t-on les renouveler que suivant les formes usitées pour les donations?

3. Telles étaient les questions que les auteurs s'étaient posées depuis longtemps. On comprend bien vite tout l'intérêt pratique qui s'attache à leur solution. Il importe beaucoup de savoir si les donations par contrat de mariage, dont l'un des époux était déchu par suite de la séparation de corps, revivront ou pourront être rétablies, avec leurs caractères et leurs effets primitifs, en un mot, telles qu'elles auraient toujours été en l'absence de toute séparation. Dans ce cas, les donations entre-vifs seront irrévocables, comme par le passé. Quant aux institutions contractuelles faites en faveur de l'autre époux, conformément aux art. 1082 et suiv. et 1093 du Code civil, elles seront parfaitement régulières et valables. Que si, au contraire, on est obligé, pour renouveler ces libéralités, de recourir aux formes imposées pour les donations, l'acte ainsi refait sera soumis au droit commun qui régit les donations entre époux pendant le mariage. La donation de biens présents sera toujours révocable (art. 1096 du Code civ.). De plus, l'un des époux ne pourra disposer en faveur de l'autre par voie d'institution contractuelle.

## II.

4. Jusqu'à présent trois opinions seulement se partageaient la doctrine.

D'après la première <sup>1</sup>, les donations contenues au contrat de mariage sont définitivement anéanties par l'effet de la séparation. La réconciliation survenue entre les époux est impuissante à les faire revivre. Pour leur donner une nouvelle existence, une manifestation expresse de la volonté des parties est absolument nécessaire. On ne peut recourir à l'acte prescrit par l'art. 1451 du

<sup>1</sup> En ce sens, Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. 1<sup>er</sup>, p. 355.

Code civil. Cette disposition est inapplicable dans cette hypothèse, car elle ne vise que le rétablissement du régime nuptial adopté par les époux et est complètement muette au sujet du moyen de faire revivre les libéralités. Les époux qui veulent atteindre ce but sont donc obligés d'emprunter la forme des donations. Cet acte produit alors tous les effets attachés à ce genre de contrat, quand il intervient entre les époux pendant le mariage.

5. Une seconde opinion, qui a pour elle la plupart des auteurs <sup>1</sup>, enseignait que l'art. 1451 du Code civil était applicable tout à la fois au rétablissement des conventions matrimoniales et des libéralités qui en faisaient partie.

Pour faire revivre, avec leur caractère d'irrévocabilité, les donations qu'ils s'étaient faites, les époux n'avaient qu'à exprimer la volonté d'un retour pur et simple à leur contrat de mariage.

6. Une troisième opinion, professée par MM. Aubry et Rau <sup>2</sup>, estimait que la déclaration prescrite par l'art. 1451 suffirait, à la vérité, pour faire revivre les avantages qui se rattachaient directement au régime matrimonial par leur objet même, ou qui étaient à considérer comme ayant formé des conditions de son adoption. Mais elle ne pourrait rendre l'existence aux donations indépendantes du régime adopté. Dans ce cas, les époux seraient tenus, en suivant toujours les prescriptions de l'art. 1451, de déclarer leur intention formelle de rétablir ces libéralités, ou, tout au moins, celle de restaurer l'ensemble des dispositions de leur contrat de mariage. Moyennant l'accomplissement de ces formalités, les donations reprendraient vie comme par le passé.

7. Telles étaient les opinions entre lesquelles il y avait lutte, quand une thèse nouvelle s'est affirmée tout-à-coup par arrêt de la Cour de Caen. Voici quels sont les faits sur lesquels cette Cour a eu à statuer :

En 1881, M. Vilette, veuf avec un enfant issu de son premier mariage, avait épousé en secondes noces M<sup>me</sup> veuve Corbières. Le

<sup>1</sup> Voir Proudhon et Valette, *Traité de l'état des personnes*, t. 1<sup>er</sup>, p. 550 et suiv. — Massol, *De la sép. de corps*, p. 422. — Demolombe, *Traité du mariage et de la sép. de corps*, t. II, nos 544 et suiv. — Dalloz, *Rép., v<sup>o</sup> Séparation de corps*, nos 414 et 415. — Vraye et Gode, *Le divorce et la sép. de corps*, 2<sup>e</sup> édit., t. II, n<sup>o</sup> 860.

<sup>2</sup> T. V, p. 211, 212, § 495 et 496, texte et notes 9-11.

contrat de mariage des époux contenait donation au profit du survivant de l'usufruit de la succession du prémourant, réductible, en cas de contestation, à la quotité disponible en pleine et entière propriété. Le 28 juin 1882, un jugement prononçait la séparation de corps contre la dame Vilette, et déclarait révoqués les avantages qu'elle tenait de son contrat.

Les époux s'étant réconciliés, déclarèrent, par acte notarié du 5 juin 1883, qu'ils voulaient « *faire cesser les effets de la séparation de corps et de biens existant entre eux.* » Ils ajoutèrent de plus, sous le titre : « *Rétablissement de la communauté,* » qu'ils entendaient « *la rétablir, telle qu'elle existait avant la séparation de corps et de biens, et comme si cette séparation n'avait pas été prononcée.* »

Au décès du mari, une contestation s'est élevée entre la veuve et l'enfant issu du premier mariage de M. Vilette ; celui-ci a soutenu que la donation faite au profit de la dame Vilette par le contrat de mariage avait été définitivement révoquée par l'effet de la séparation de corps. Ces prétentions ont été repoussées par la Cour de Caen. Elle a décidé que la donation faite à la dame Vilette par son mari avait été rétablie *de plein droit* et par l'effet seul de la réconciliation. Puis, se plaçant à un point de vue tout à fait subsidiaire, elle a constaté que, dans tous les cas, les époux Vilette avaient suffisamment manifesté leur intention de faire revivre la libéralité.

8. Dégageons aussitôt la théorie principale sur laquelle repose l'arrêt de la Cour de Caen.

Voici quels sont les arguments qu'il invoque :

« *La réconciliation survenant efface, dit-il, complètement, en ce qui concerne la personne des époux, les effets de la séparation de corps, et les remet au même et semblable état qu'avant; elle suppose nécessairement, avec l'oubli de l'offense, un retour à la confiance et à l'affection primitives, et implique, de la part de celui qui pardonne, la volonté de rétablir les avantages qui, dans le principe, les avaient sanctionnés.* »

Telle paraît avoir été la doctrine de l'ancien droit. Les donations par contrat de mariage, révoquées par la séparation de

corps, revivaient, avec leur caractère primitif, par le fait seul de la réconciliation et sans qu'il fût nécessaire de recourir à aucun acte spécial. C'était la conséquence de la maxime *cessante causa cessat effectus*.

Tout porte à croire que le Code civil a voulu suivre, sur ce point, la tradition historique.

Les termes de l'art. 1451 démontrent que telle a été son intention. Cette disposition ne se préoccupe que des conventions matrimoniales; elle a imposé aux époux qui veulent les rétablir l'obligation d'un acte authentique accompagné d'une publicité protectrice des intérêts des tiers. Son silence au sujet des donations est on ne peut plus significatif. « L'art. 1451 ne saurait, en effet, être étendu aux donations. Quoique portées dans le contrat de mariage et participant de son immutabilité, elles ne sont pas de son essence, elles ont une existence propre et indépendante, puisque, à la différence des autres stipulations, la séparation de biens judiciaire est sans influence à leur égard. « *Le législateur a inauguré de la sorte, ajoute l'arrêt, une différence qui, d'ail-* « *leurs, s'impose, entre le rétablissement facultatif du statut* « *matrimonial, sans lequel la réconciliation peut parfaitement* « *se concevoir et produire, dans l'intérêt de la famille, les plus* « *précieus effets, et le rétablissement nécessaire, implicite, des* « *libéralités contractuelles, corollaire de la réconciliation pro-* « *duite DE PLANO par elle, et sans qu'il soit besoin de l'autorité* « *d'un texte* <sup>1</sup>. »

### III.

9. Après ce rapide exposé des doctrines qui se sont produites, demandons-nous quelle est celle qui, d'après nous, doit avoir la préférence de l'interprète.

Nous estimons, pour notre part, qu'en cas de réconciliation entre les époux, les donations contractuelles révoquées par la séparation de corps ne peuvent être rétablies qu'en observant les formalités prescrites par l'art. 1451 du Code civil.

10. Pour soutenir que ces libéralités revivent *ipso facto*, on se

<sup>1</sup> Voir aussi en ce sens une dissertation de M. Jouen, professeur à la Faculté de droit de Caen (*Recueil de Caen*, 1887, p. 37 et suiv.).

prévaut vainement des principes généraux du droit et de l'adage *cessante causa cessat effectus*. Où voit-on que la séparation de corps disparaissant par l'effet de la réconciliation, toutes les conséquences qu'elle a produites doivent également disparaître avec elles, que, par suite, les donations révoquées reprennent leur ancienne existence? S'il est, au contraire, un principe élémentaire en droit, c'est celui d'après lequel un acte anéanti ne peut revivre de lui-même. La volonté des parties, qui l'a créé, peut seule le faire renaître, et il faut, en outre, que cette volonté soit exprimée d'une façon formelle et non équivoque.

Si cette proposition est vraie pour les contrats ordinaires, elle s'impose avec beaucoup plus de force quand il s'agit de contrats, tels que les donations, qui sont entourés de formes solennelles. C'est ainsi que la donation révoquée pour cause d'ingratitude du donataire ne revit pas de *plein droit* par l'effet seul du pardon, de l'oubli de l'offense. De même, dans le cas où elle est révoquée pour cause de survenance d'enfant, cette libéralité ne revit pas, si l'enfant du donateur vient à mourir (art. 964, C. civ.).

11. Tels sont les principes qui régissent les donations. Il est facile de voir combien ils battent en brèche la fameuse maxime dont on s'empare. Il ne faut pas oublier non plus cette considération, qui a son importance : les libéralités, dans le cas qui nous occupe, se rattachent aux conventions matrimoniales, c'est-à-dire à un acte que la loi a soumis, dans l'intérêt des époux et des tiers, à des formes toutes particulières pour sa création, les changements qui peuvent y être apportés et son rétablissement (art. 1395-1397 et 1451 du Code civil). Si les donations ordinaires, une fois révoquées, ne revivent pas de plein droit, ne serait-il pas souverainement illogique d'accorder ce privilège, cette vertu aux donations contenues dans le contrat de mariage? Quelle est la raison plausible qui justifierait une pareille différence?

12. L'arrêt de la Cour de Caen invoque aussi l'autorité de la tradition historique. Examinons maintenant cet autre aspect de la question.

Il est utile de faire connaître ici quelle était sur notre point de droit la doctrine des anciens auteurs.

Quand la séparation de biens avait été prononcée directement, on exigeait, pour la faire cesser, une déclaration précise des époux au greffe ou devant notaire <sup>1</sup>.

Dans le cas, au contraire, où elle n'était que la conséquence de la séparation de corps, plusieurs jurisconsultes, parmi lesquels se trouvait Pothier, estimaient que la réconciliation des époux avait pour effet d'opérer *de plein droit*, non seulement le rétablissement de la communauté <sup>2</sup>, mais encore celui des avantages, dont l'un d'eux avait encouru la perte <sup>3</sup>.

Cette opinion toutefois ne paraissait point partagée par Renusson <sup>4</sup>; elle avait même pour adversaire déclaré Valin <sup>5</sup>.

Pothier <sup>6</sup> faisait à sa doctrine une restriction assez importante. D'après lui, la séparation de biens cessait par la rentrée de la femme au domicile conjugale, à moins que celle-ci ne protestât par acte notarié de son intention de voir maintenir cette dernière mesure.

13. On voit par là que nos anciens auteurs étaient loin de s'entendre sur les effets que la réconciliation devait produire par rapport à la séparation de biens. En présence de ce désaccord, quelle est la solution à laquelle s'est arrêté notre législateur? S'il avait gardé le silence le plus absolu, on aurait pu éprouver quelque embarras, et se demander s'il fallait appliquer à notre hypothèse la doctrine de Pothier, ou celle de Renusson et de Valin, ou mieux encore, les principes de droit commun, qui veulent qu'une donation anéantie soit refaite, dans les termes exigés pour ce genre d'acte, avec tous les caractères qui y sont attachés.

14. Mais le législateur nous paraît avoir clairement manifesté

<sup>1</sup> Voir Lebrun, p. 283, n° 28. — Pothier, *Comm.*, n° 525. — Renusson, *Comm.*, ch. 9, n° 62. — Arrêtés de Lamoignon, art. 88. — Boucheul sur Poitou, art. 229, n° 97. — Basnage sur Normandie, art. 391. — Ferrière sur Paris, art. 234. — Duparc-Poullain sur Bretagne, art. 424. — Houart, *Dict. v° Femme*, sect. 2. — Merlin, *Rép. v° Sép. de biens*, sect. II, § 4, n° 2.

<sup>2</sup> Boucheul, *loc. citat.* — Pothier, *loc. citat.*, n° 524. — Merlin, *loc. citat.*

<sup>3</sup> Houart, *loc. citat.*

<sup>4</sup> *Loc. citat.*, n° 63.

<sup>5</sup> L. 11, sur la coutume de la Rochelle, § 1, n° 42.

<sup>6</sup> *Loc. citat.*

son intention dans l'art. 1451 du Code civil. Il a nettement répudié par cette disposition la doctrine de Pothier. Il n'y aura plus lieu désormais de distinguer, pour le rétablissement de la société d'intérêts ayant existé entre les époux, si la séparation de biens a été prononcée par voie principale et directe, ou si elle n'a été que le corollaire de la séparation de corps. Dans un cas comme dans l'autre, le rétablissement sera subordonné à l'obligation de faire dresser un acte notarié, dont une expédition recevra la publicité exigée par la loi. La formule de l'art. 1451 est on ne peut plus impérative : *La communauté ne peut être rétablie que par un acte passé devant notaires...*

L'article ajoute : *la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation.*

« Ainsi, à l'égard des époux, dit très-justement M. Dutruc <sup>1</sup>, « la séparation de biens, une fois détruite, ne laisse pas de traces. « C'était une rupture nécessaire, mais en même temps regrettable, « de leur association civile. On doit supposer qu'elle n'avait que « la portée d'une précaution provisoire. Le rétablissement de « cette association est, au contraire, un événement heureux, « dont aucun fâcheux souvenir ne doit combattre la bienfaisante « influence. Les rapports civils des époux se manifesteront donc « désormais comme si la loi primitive du mariage n'avait pas « cessé un seul instant d'y présider. »

15. Bien qu'il ne parle que du rétablissement de la communauté, l'art. 1451 vise celui des conventions matrimoniales tout entières, et, par suite, celui des donations qui en font partie.

L'ancien droit associait, en cas de réconciliation, ces libéralités au sort qui était réservé au pacte nuptial. Elles formaient avec lui un tout indivisible, et revivaient ensemble par l'effet du rapprochement des époux. Si notre législateur avait voulu les séparer, au point de vue des prescriptions de l'art. 1451, il se serait nettement expliqué à cet égard; les discussions et les travaux préparatoires ne manqueraient pas de nous éclairer sur ce point. Or, on ne trouve nulle part le moindre indice de cette intention.

16. La solution à laquelle le Code s'est arrêté nous paraît,

<sup>1</sup> *Traité de la séparation de biens judiciaire*, n° 480.

d'ailleurs, être la plus logique. Si les époux qui voudraient faire revivre leurs donations avaient été réduits à emprunter les formes exigées par ce dernier acte, ces donations, ainsi renouvelées, auraient été dépouillées de leur caractère d'irrévocabilité. Un pareil résultat aurait été absolument contraire au but que les époux poursuivaient en se rapprochant et en reprenant leur association d'intérêts. D'un autre côté, comprendrait-on que si la communauté légale, notre régime de droit commun, ne peut être rétablie qu'autant que les époux manifestent leur intention dans un acte authentique, on affranchit de ces exigences le rétablissement des libéralités, qui sont entourées chez nous de tant d'entraves ?

17. La plupart des motifs qui ont inspiré l'art. 1451 se retrouvent ici dans toute leur force et justifient la doctrine que nous défendons. L'intérêt des tiers et celui des époux exigent également l'obligation d'un acte notarié, authentique et rendu public. Les tiers, en présence d'une donation, qui a été révoquée par la séparation de corps, les tiers ne doivent-ils pas connaître si le donataire d'un immeuble, par exemple, avec lequel ils peuvent traiter dans l'avenir, a recouvré ou non ses droits résolus ? Si la réconciliation des époux suffit pour rendre la vie à des libéralités éteintes, leur bonne foi sera exposée à mille pièges, et le crédit public souffrira de l'état d'incertitude dans lequel on sera au sujet de certains biens. La réconciliation peut résulter de simples faits, dont l'appréciation est parfois fort délicate à faire. Y a-t-il ou n'y a-t-il pas réconciliation ? C'est là un point livré au danger de l'interprétation des jurisconsultes et des tribunaux. Même si les faits matériels sont connus, l'esprit le mieux exercé et le plus versé dans la science du droit est exposé à se tromper.

Les époux n'ont-ils pas intérêt aussi, pour éviter les contestations qui pourraient s'élever entre eux sur le caractère des faits constitutifs du rétablissement de leur association, à ce qu'il soit dressé un acte public, qui ne laisse subsister aucun doute ?

18. On objecte, il est vrai, que le texte de l'art. 1451 est étranger à notre hypothèse. Il ne vise, dit-on, que le rétablissement du régime adopté par les époux ; il est absolument inapplicable, à moins qu'on ne veuille en forcer les termes, aux donations contenues dans le contrat de mariage.



La réponse est des plus aisées. Ou bien l'art. 1451 est un texte étroit, qui ne saurait être étendu en dehors du cas qu'il a spécialement prévu; ou, au contraire, cette disposition ne doit pas être littéralement appliquée, et elle est susceptible de recevoir une large interprétation. Nos adversaires, peu conséquents avec eux-mêmes, sont obligés de convenir que l'art. 1451 doit être étendu dans une certaine mesure, et bien que ce texte ne parle en termes formels que du rétablissement de la communauté, ils n'hésitent pas cependant à l'appliquer à tous les régimes sous lesquels les époux peuvent se trouver placés. Quant à nous, nous pensons que cette disposition n'a nullement la portée restreinte qu'on lui attribue, et qu'elle embrasse l'ensemble des conventions matrimoniales, et, par suite, les donations qui font corps avec elles.

Il nous est facile de justifier cette doctrine. Tout d'abord, nous avons à faire observer que nous sommes en présence d'un texte qui, à raison de son objet, doit être favorablement interprété. Le rétablissement de la vie commune entre les époux, celui du pacte qui régissait leurs intérêts, est, avant tout, dans les vœux du législateur. Il voit d'un œil bienveillant le retour à ce contrat primitif, et tout ce qui tend à effacer les traces de la mésintelligence et de la discorde. Les prescriptions qu'il a édictées, pour permettre aux époux d'atteindre ce but, doivent donc être entendues dans le sens le plus large.

19. En fait, les donations contractuelles faites à l'un des époux par son conjoint sont une des lois qui ont présidé au mariage. Elles sont peut-être (il faut rechercher ici de près les mobiles humains) une condition *sine qua non* de cette union. Enfin, elles peuvent servir à corriger, à atténuer les conséquences que le régime adopté aurait, dans l'avenir, pour l'un des époux.

En droit, n'est-il pas vrai de dire qu'elles sont tellement partie intégrante du contrat qui les contient, que rétablir le pacte nuptial sans les rétablir elles-mêmes, ce serait mutiler, sans raison, la charte de la famille? Aussi, dès le premier jour de la formation du contrat matrimonial, les voyons-nous participer de l'immutabilité posée par l'art. 1395 du Code civil. Il est interdit à l'un des époux de faire une renonciation abdicative au profit de l'autre

à des droits ou avantages que son conjoint lui aurait assurés par contrat de mariage, d'abandonner, par exemple, un gain de survie constitué, soit sur des biens présents, soit sur des biens à venir <sup>1</sup>. Quand il s'agit de modifier le contrat, dans l'intervalle compris entre cet acte et la célébration de l'union conjugale, les formalités édictées par les art. 1396 et 1397 pour ces changements s'appliquent sans conteste aux donations que, pendant cette période, l'un des futurs époux fait en faveur de l'autre <sup>2</sup>.

Comment supposer que le législateur, qui a établi un lien si intime entre la donation et le contrat qui les renferme, quand il est question de rédiger le contrat ou de le modifier, se soit départi tout-à-coup de cette idée, quand il s'agit de le rétablir? N'est-ce pas le cas de dire, avec Troplong <sup>3</sup>, *que tout est corrélatif dans un contrat de mariage, qu'on ne peut toucher une pierre à cet édifice sans que tout le reste ne s'en ressente?*

20. Ces prémisses une fois établies, une conséquence en découle nécessairement. Les donations contractuelles entre époux étant des conditions des conventions qui les contiennent, le rétablissement du pacte matrimoniale emporte avec lui celui des libéralités qui y étaient attachées. Il suffit donc, pour les faire revivre, que les époux expriment, dans les formes voulues par l'art. 1451, leur pensée manifeste d'un retour pur et simple à leur contrat nuptial. Tout acte de rétablissement qui ferait une exception pour les donations serait, à nos yeux, tout entier nul et non avenu.

21. Nous ne saurions adopter l'opinion de MM. Aubry et Rau <sup>4</sup> et la distinction imaginée par ces éminents jurisconsultes. La même situation doit être faite, d'après nous, à toutes les donations entre époux portées au contrat de mariage, qu'elles se rattachent par leur objet même au régime sous lequel les époux

<sup>1</sup> Aubry et Rau, 3<sup>e</sup> édit. t. IV, p. 219 et 220, et notes 15 et 16. — Toulouse, 7 mai 1829 (S. 30. 2. 240). — Cass. rej. 11 et 12 janv. 1853 (S. 53. 1. 65 et 71).

<sup>2</sup> Pothier, (introd. au tr. de la comm., n<sup>o</sup> 14); Battur 1. 45 et suiv.; Duranton XIV, 59 et 60; Aubry et Rau t. IV, p. 227 et note 35. Cass. 29 janv. 1813 (S. 13. 1. 378), et 31 janv. 1837 (S. 37. 1. 533); Agen, 17 août 1837 (S. 38. 2. 122).

<sup>3</sup> *Contrat de mariage*, t. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 235.

<sup>4</sup> 5<sup>e</sup> édit., t. V, p. 211, 212, 495 et 496, texte et notes 9-11.

se sont placés <sup>1</sup>, ou qu'elles en soient complètement distinctes et indépendantes. Les unes et les autres sont des conditions du pacte nuptial, qui revivent par l'effet seul de la déclaration des époux constatant qu'ils veulent remettre cet acte en vigueur. D'ailleurs, MM. Aubry et Rau nous paraissent ouvrir une large porte à l'arbitraire, en assimilant aux donations qui se lient par leur objet au régime matrimonial, celles qui sont à considérer comme ayant formé des conditions de son adoption, et en les affranchissant également de la nécessité d'une déclaration expresse. Les tribunaux auraient donc à rechercher, dans chaque cas particulier, quelle a été la pensée intime des parties, et quelle influence a pu avoir la libéralité sur la soumission des époux à tel ou à tel régime. Ne serait-ce pas donner aux magistrats, quelles que soient leurs lumières, un pouvoir d'appréciation singulièrement embarrassant ?

22. En somme, la thèse que nous défendons nous paraît être la seule qui ait pour elle à la fois l'équité, les principes généraux de notre droit, le texte et l'esprit de l'art. 1451. Nous aimons à croire que, malgré l'arrêt de la Cour de Caen, la jurisprudence se rangera dans l'avenir, à l'opinion de la grande majorité des auteurs.

ERNEST VALABRÈQUE.

### ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

DU RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LA SOLUTION DES QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUE SOULÈVE LE CONTRAT DE MARIAGE,

Par M. SURVILLE, agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

En jetant un rapide coup d'œil sur les lois qui, dans les différents pays réglementent le régime des biens entre époux, on les voit aussitôt se diviser en deux groupes d'importance inégale. Les unes n'organisent qu'un seul régime et le déclarent obligatoire. Les autres, partant de cette idée que la volonté doit être ici maîtresse, établissent une réglementation plus complexe que vient dominer un principe : celui de la liberté des conventions matrimoniales.

<sup>1</sup> Voir notamment l'art. 1497, C. civ., § 5, 6 et 7.

Les législations qui composent ce second groupe sont de beaucoup les plus nombreuses, et tandis que l'on ne peut guère citer comme appartenant au premier que des lois en très petit nombre, en vigueur notamment dans certains cantons suisses <sup>1</sup>, on voit figurer dans le second celles de la France, de la Belgique, de l'Italie, de l'Allemagne, etc...

Mais si toutes ces législations nous offrent ce trait commun de reconnaître en principe l'autonomie des parties, quand il s'agit de la détermination du régime auquel peuvent être soumis les biens dans l'association conjugale, il s'en faut de très loin qu'elles s'accordent entre elles dans les dispositions qu'elles édictent. Certes, je n'ai nullement l'intention, en pénétrant dans l'intimité de ces lois, et en étudiant chez chacune d'elles la réglementation du contrat de mariage, de présenter ici un tableau, même général, susceptible de faire ressortir les différences qu'elles peuvent présenter. Mon but, plus facile à atteindre, est beaucoup plus modeste. Je veux, en signalant quelques-uns des points principaux sur lesquels peut exister le désaccord et en faisant ainsi pressentir les conflits les plus graves, montrer simplement le grand intérêt pratique qui s'attache à la solution des questions de droit international privé que nous allons avoir à résoudre au cours de cette étude.

Tout d'abord les législations qui admettent le principe de la liberté des conventions matrimoniales sont loin de le consacrer toutes de la même manière et avec la même étendue. Il en est qui le proclament ouvertement. D'autres ne l'admettent qu'implicitement, en reconnaissant un certain nombre de régimes entre lesquels il est loisible aux parties de choisir et qu'elles peuvent combiner.

Puis, le principe admis, il y est apporté des limitations plus ou moins étendues. Tel législateur, soucieux, et à bon droit, de laisser ici les parties jouir d'une liberté plus grande encore que celle qu'elles ont dans les transactions ordinaires, n'établit de limitations qu'autant qu'elles lui paraissent commandées par des raisons d'ordre supérieur. Il se contente de réprover les clauses

<sup>1</sup> Lardy, *Les législations civiles des cantons Suisses en matière de tutelle, de régime matrimonial quant aux biens, et de succession.*

contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois de la famille. C'est ce que fait notre législateur français. Mais il en est tel autre qui, comprenant autrement sa tâche, vient restreindre dans une mesure plus large la liberté des parties. Il y a des législateurs, en effet, qui, en outre des restrictions qui précèdent, font défense, par exemple, d'accepter tel ou tel régime matrimonial, ou qui privent de la faculté de se référer aux lois étrangères. C'est ainsi que le Code civil italien décide dans son art. 1433 qu' « il n'est pas permis aux époux de contracter « d'autre communauté de biens que celle des acquêts » ; et que dans l'art. 1381 il défend aux époux de « stipuler d'une manière « générale, que le contrat de mariage sera réglé par des lois aux-  
« quelles ils ne sont pas légalement soumis. »

Etant donné la diversité des règles législatives tant sur l'existence même que sur l'étendue d'application du principe de liberté des conventions matrimoniales, il est alors très aisé de comprendre combien il devient important, dès qu'un débat de droit international s'élève sur le point de savoir si telle ou telle clause d'un contrat de mariage dépasse ou non les limites permises, de connaître laquelle des législations en conflit doit être appliquée de préférence pour la solution de ce débat. Que l'on suppose, si l'on veut, que deux Espagnols, ayant leur domicile en France, se marient en Italie, qu'ils y fassent rédiger un contrat de mariage, puis que l'on vienne attaquer devant un tribunal français l'une des clauses de ce contrat en prétendant qu'elle a dépassé les limites dans lesquelles devait se cantonner la liberté des parties : le juge français va se trouver en présence d'un conflit. Trois lois, dans notre espèce, semblent avoir droit égal à l'application : la loi espagnole, c'est-à-dire la loi nationale des parties, la loi italienne puisque le mariage a été célébré en Italie et que le contrat de mariage y a été dressé, et enfin la loi de la France, où nous supposons établi le domicile des époux. Laquelle de ces trois lois convient-il d'appliquer de préférence pour apprécier la validité de la clause qui fait l'objet du litige ?

Voici d'autre part un autre conflit qui n'est pas plus difficile à concevoir que le précédent. Les régimes matrimoniaux usités dans les différents pays se ramènent à un certain nombre de

types principaux. Aussi n'est-il pas rare de voir un même régime admis par un grand nombre de législations. Mais ce n'est pas à dire pour cela qu'il y soit soumis à une réglementation partout identique. Différant toujours par ses détails, il arrive souvent même qu'il ne présente pas les mêmes traits caractéristiques. On peut alors se demander à quelle loi, étant donné que les époux ont adopté tel régime matrimonial, celui-ci va être soumis, et quelle est l'étendue d'application qu'il convient de donner à cette loi ?

Nous avons jusqu'ici supposé que les époux avaient réglé par un contrat les conséquences pécuniaires de leur mariage : mais il peut arriver qu'il en soit autrement. En prévision de cette hypothèse un problème s'impose à l'attention de tout législateur. Il doit, choisissant, parmi les régimes pratiqués dans le pays pour lequel il légifère, celui qui lui paraît être le mieux en harmonie tant avec les traditions qu'avec les mœurs, en faire le contrat de mariage de ceux qui n'en n'ont pas rédigé. On comprend alors que le droit commun soit loin d'être le même dans les différents pays. Tandis qu'en France, par exemple, notre Code civil établit à ce titre dans l'art. 1393 la communauté des meubles et conquêts immeubles, nous voyons au contraire la loi italienne lui préférer le régime dotal, qui, étant donnée la règle posée dans l'art. 1425 du Code civil italien, présente la plus grande affinité avec notre séparation de biens. Si donc nous supposons que deux époux Italiens ayant leur domicile en France viennent à s'y marier, un conflit nous apparaît aussitôt. Laquelle en effet de ces deux lois, de la loi française ou de la loi italienne, convient-il de choisir pour la fixation du régime matrimonial ?

Ces quelques observations préliminaires très brèves me paraissent suffisantes pour faire ressortir, sauf à le préciser par la suite en le vivifiant par les faits, l'intérêt qui s'attache à la solution de la question de savoir : *quel est le rôle que doit jouer la volonté des parties dans la solution des questions de droit international privé que soulève le règlement des intérêts pécuniaires entre époux ?*

Nous allons envisager successivement dans un chapitre premier l'historique de cette question, et dans un chapitre deuxième la solution qu'elle comporte de nos jours.

## CHAPITRE PREMIER.

*Aperçu historique.*

Les régimes matrimoniaux en vigueur dans les diverses circonscriptions territoriales de notre vieille France variaient entre eux, de même qu'ils sont aujourd'hui variables suivant les pays. Tandis que la coutume de Paris admettait la communauté de biens entre époux, la coutume de Normandie, au contraire, la répudiait et y substituait quelque chose d'analogue à notre exclusion de communauté. Les pays de droit écrit, d'autre part, où le droit romain avait de puissantes racines, adoptaient le régime dotal plus ou moins modifié par la jurisprudence de leurs Parlements.

Des conflits analogues à ceux qui se produisent de nos jours en droit international privé pouvaient donc s'élever entre coutumes françaises, du jour où s'établirent entre elles des relations. Il pouvait aussi s'en présenter entre les coutumes françaises et les lois étrangères, et ils avaient alors tous les caractères de ceux qu'est appelé à trancher de nos jours le droit international privé. Comment les uns et les autres étaient-ils réglés?

Bien que des questions de ce genre aient déjà dû se poser dans la pratique, cependant les coutumiers du XIII<sup>e</sup> siècle ne nous apprennent rien, et si l'on veut avoir quelques renseignements sur la solution qu'ils comportaient, il faut se tourner du côté des juristes qui procèdent de l'école italienne de Bologne <sup>1</sup>. « Petrus « Perticanus, rapporte Dumoulin, æquiparat consuetudinem « quod primogenitus habeat totum in Anglia, sed alibi filii sint « æquales, et consuetudinem Angliæ quod uxor mortuo viro « nihil capiat sed consuetudine Gallix capit dimidium bonorum. « Et quod si contingat aliquem relinquere bona in utraque re- « gione, quod gallicana dividuntur æqualiter inter filios et inter « viduam et inter heredes mariti, in Anglia vero vidua nihil « habet... Ubi est consuetudo realis (c'est le motif de cette déci- « sion), tunc non inspecta persona ligat res gallicanas et anglica- « nas <sup>2</sup>.. » Ainsi Pierre de Belleperche examine notamment la

<sup>1</sup> Lainé, *Etude sur la théorie des statuts* (*Journal du droit international privé*, notamment 1886, p. 252; 1887, p. 25 et 26).

<sup>2</sup> *Molinæi opera*, t. II, *Consilium* 53, § 5.

question de savoir si la coutume anglaise qui ne reconnaît pas la communauté entre conjoints s'applique à des biens situés en France là où cette communauté est admise, et il y répond en disant qu'il convient d'appliquer la coutume française aux biens qui sont situés sur le territoire qu'elle régit. Si donc des époux possèdent des biens dans des territoires différents, chaque coutume impose son régime particulier aux éléments patrimoniaux qui sont chez elle.

Cette solution ne doit pas étonner à une époque où le principe de la liberté des conventions matrimoniales n'existe pas. Ce n'est pas à dire sans doute qu'il n'y eût pas alors de contrats de mariage. Ceux-ci pouvaient intervenir pour régler, par exemple, le douaire, les renonciations à succession future, etc... Mais en pays de coutume le régime matrimonial, qui était très généralement la communauté était forcément tel qu'il avait été établi par la coutume, et dans les pays de droit écrit le régime dotal s'imposait aux parties.

Cet état législatif primitif simple se comprend aisément. Tout d'abord il est naturel de voir l'unité exister au point de vue des intérêts pécuniaires là où il y a unité au point de vue de l'association des personnes. En outre et surtout sous l'influence des idées féodales, alors que les coutumes sont souveraines dans l'étendue du territoire qu'elles régissent, il est logique de voir cette souveraineté, supérieure à la volonté privée, s'affirmer en notre matière et s'imposer aux époux.

Mais la règle d'après laquelle le régime, tel qu'il est établi par la coutume, s'impose aux époux, fut peu à peu battue en brèche. D'abord la coexistence en France du régime de communauté et du régime dotal dut naturellement conduire à une idée de transaction et de combinaison<sup>1</sup>. On sentit en outre le besoin soit d'amener l'équilibre dans les fortunes des époux, soit de les conserver distinctes, soit de protéger la femme, et l'on vit apparaître les diverses clauses modificatives de la communauté que nous retrouvons de nos jours. Mais ce qui contribua surtout à faire admettre que la volonté des époux doit jouer un rôle pré-

<sup>1</sup> Une limite s'imposa toutefois à la volonté des parties dans les pays de coutume : l'inaliénabilité des immeubles de la femme n'y put pas être stipulée.



pondérant dans la fixation du régime matrimonial, ce fut la grande liberté laissée à la jurisprudence et à la doctrine de pouvoir créer des théories à une époque où la législation n'était pas encore fixée et arrêtée. Sous l'influence de ces diverses causes le principe de la liberté des conventions matrimoniales se dégagait, et une fois qu'il fut reconnu, on vit au XVI<sup>e</sup> siècle apparaître une idée nouvelle pour expliquer la communauté légale. Cette idée, c'est que la communauté, puisqu'elle n'est plus imposée, doit être considérée comme étant le résultat d'une convention tacite. Nous la voyons émise par Dumoulin dans son *Consilium* 53 et voici à quelle occasion.

Dumoulin fut consulté en 1525 dans une certaine affaire *de Ganey* et se posa notamment les deux questions suivantes : 1<sup>o</sup> La communauté admise dans la coutume de Paris où les époux sont domiciliés, doit-elle avoir effet en dehors du territoire de cette coutume, et s'appliquer à des biens qui se trouvent dans un pays de droit écrit ? 2<sup>o</sup> Le don mutuel fait par des époux domiciliés à Paris et comprenant tous les biens qu'ils ont acquis et pourront acquérir au cours du mariage, doit-il avoir toute la portée que lui donnent ses termes ?

Sur ce dernier point, il ne saurait y avoir de doute d'après Dumoulin, et les effets les plus étendus doivent être reconnus au don mutuel. « Est enim clarissimum, dit-il, quod sic non agatur « de vi et jure consuetudinis, sed de vi et effectu et implemento « contractus celebrati.... nec patiuntur excipi bona in patria juris « scripti.... quia læderetur mens et intentio donantium <sup>1</sup>. » Nous rapprocherons de cette solution celle d'après laquelle la convention expresse de renonciation de la part d'une fille dotée à la succession de son père constituant doit produire aussi les effets les plus étendus <sup>2</sup>. Ce sont là tout autant d'applications faites par le jurisconsulte de cette idée, qu'il s'est efforcé de faire prévaloir, savoir que les conventions, puisqu'elles reposent sur la volonté, ne sauraient avoir leurs effets limités au territoire de telle ou telle coutume. Voilà la règle qu'il convient d'appliquer notamment aux stipulations matrimoniales expresses.

<sup>1</sup> *Molinæi opera*, t. II, *Consilium* 53, nos 16 et suiv.

<sup>2</sup> *Molinæi opera*, t. II, *Consilium* 53, nos 13 et 14.

Ceci posé, quel est le caractère de la communauté légale? C'est, nous dit Dumoulin, une société qui est la conséquence sous-entendue du mariage contracté. Or la coutume, quand elle établit comme régime légal la communauté, ne s'impose pas aux époux puisqu'ils peuvent y déroger, donc elle ne fait, en les soumettant à ce régime, qu'interpréter leur volonté probable. Il s'agit là d'une convention tacite qui doit se comporter au point de vue de ses effets comme un contrat exprès, et qui par suite doit s'appliquer à tous les biens des époux quelle que soit leur situation <sup>1</sup>.

Puis Dumoulin s'efforce d'écarter des opinions qui sont visiblement opposées à la sienne, telles que celles de Pierre de Belleperche, des italiens Johannes Andreæ <sup>2</sup>, Orladus <sup>3</sup>, etc...

Revenons à sa doctrine, et demandons-nous quelle est la loi qui fixe le régime de ceux qui se marient sans rédiger de contrat. Puisqu'il convient de se référer à la volonté des parties, cette loi, semble-t-il, ne devrait pas pouvoir être déterminée d'avance, et d'une manière fixe : tout devrait dépendre des circonstances. Il n'en n'est rien cependant et nous voyons Dumoulin décider que, par interprétation de la volonté des époux, il faut appliquer au régime la loi du lieu où est établi le domicile matrimonial. Ce domicile n'est autre que celui du mari. Voici un passage topique à cet égard : « Contractus dotis et matrimonii censetur fieri non in loco in quo contrahitur, sed in loco domicilii viri, et intelligitur non de domicilio originis, sed de domicilio habitationis de quo nemo dubitat <sup>4</sup>. » Mais qu'arrivera-t-il si le mari vient à changer de domicile au cours du mariage? Le régime présentement établi va-t-il se trouver modifié? C'est un point qui peut être controversé, mais il faut d'après Dumoulin se refuser à admettre qu'un changement de domicile puisse exercer une influence sur le régime. S'il en était autrement, poursuit le jurisconsulte, on permettrait au mari de faire fraude aux droits de la femme, puisqu'il lui serait loisible, en se déplaçant, d'acquérir sur les biens de celle-ci des

<sup>1</sup> *Molinæi opera*, t. III. *Comm. in L. 1*, liv. I, Cod. Just.

<sup>2</sup> Savigny. *Hist. du droit romain au moyen-âge*, t. IV, p. 217.

<sup>3</sup> Savigny. *Hist. du droit romain au moyen-âge*, t. IV, p. 211.

<sup>4</sup> *Molinæi opera*, t. III, *Comm. in L. 1*, t. I, liv. I, Cod. Just.

droits plus considérables que ceux qu'il avait auparavant. Et puis, cette solution est commandée par l'idée de convention tacite sur laquelle repose le régime légal, car cette sorte de convention de même nature qu'une convention expresse ne saurait pas plus que cette dernière être modifiée au gré des parties contractantes <sup>1</sup>.

En somme nous pouvons constater que le grand jurisconsulte du XVI<sup>e</sup> siècle rattache la détermination du régime légal au statut personnel. S'il parle de la volonté des époux c'est moins pour en proclamer la puissance que pour établir qu'il serait illogique d'admettre qu'une manifestation de volonté telle que la permet ou la sous-entend le statut personnel ne doive pas produire en principe ses effets partout. On peut donc faire un reproche à cette doctrine, car le rôle de la volonté doit être placé tout à fait en dehors de la théorie des statuts. Les conventions ne sont en effet des dépendances ni de statut réel ni de statut personnel qui, tous les deux, le dernier comme le premier, s'imposent aux parties <sup>2</sup>. Les deux idées, d'une part, de liberté de la volonté, et d'autre part, de statut personnel sont donc incompatibles <sup>3</sup>.

Mais si la doctrine que je viens d'esquisser à grands traits mérite ce reproche, elle réalise un incontestable progrès sur le passé. Elle aboutit en effet à cette conséquence qu'un principe unique domine le régime matrimonial dans son ensemble. Or il est évident que toutes les parties d'un même régime doivent se combiner et former un tout harmonieux, et que l'application simultanée de principes différents aux divers éléments patrimoniaux des époux ne peut qu'entraîner des résultats anormaux et discordants.

Le jurisconsulte breton d'Argentré <sup>4</sup>, partisan passionné de la

<sup>1</sup> *Molinæ opera*, t. III, *Comm. in L. 1, t. 1, liv. 1, Cod. Just.*

<sup>2</sup> V. la classification des statuts de Dumoulin, t. III de ses *opéra*, *Comm. in L. 1, t. 1, liv. 1, Cod. Just.* — Dumoulin classe les statuts d'après leur objet : « Si statutum agit in rem, reale, si in personam, personale sit. » Il est évident que cette classification ne saurait englober tout ce qui se réfère à la substance et aux effets des conventions, tout ce qui est en un mot du domaine de la volonté.

<sup>3</sup> Laurent, *Droit civil international*, t. V, nos 195 et suiv.

<sup>4</sup> *Commentarii in patria Britonum leges, seu consuetudines antiquissimæ ducatus Britannicæ*. — V. art. 218 de la Coutume, Glose 6<sup>e</sup>.

réalité des coutumes, ne pouvait pas laisser passer la thèse de Dumoulin sans protester et sans en essayer la réfutation. Tout d'abord s'il admet l'idée d'après laquelle les conventions expresses doivent étendre leurs effets partout, il est loin de lui reconnaître la même portée pratique que celle que veut lui assigner Dumoulin. Si un contrat de mariage, nous dit-il en effet, a été rédigé, et si les époux se sont contentés dans ce contrat d'adopter le régime légal de leur domicile, ce régime ne peut pas être appliqué au delà des limites de la coutume à laquelle ils n'ont fait que se référer. Que si toutefois, continue-t-il, la convention est plus explicite et porte que la communauté s'appliquera à tous les biens quelle que soit leur situation, alors, mais alors seulement, il conviendra d'observer partout cette volonté nettement manifestée, à moins qu'elle ne vienne se heurter à une disposition de coutume qui répugne au régime qui aurait été choisi<sup>1</sup>.

Mais sur la question du régime légal, d'Argentré est en opposition complète avec Dumoulin dont il combat vivement l'opinion. Dire que la coutume qui établit la communauté entre conjoints ne s'impose pas, et ne vaut que comme loi particulière implicitement acceptée, c'est présenter là un argument sans valeur. « In tali « statuto nullam subintelligi conventionem personalem eorum qui « matrimonium contrahunt, sed esse dispositionem mere statuta- « riam..... imo simpliciter assentiendo non aliter nec alio modo « assentiri intelliguntur quam quomodo et quo effectu statutum « disponit et intra ejus fines<sup>2</sup>. » Et Dumoulin, poursuit-il, reconnaît si bien lui-même le caractère impératif de la loi que, tout en admettant que la fille dotée renonçant par convention expresse à la succession du père constituant doit être exclue partout, il dit d'autre part qu'à défaut de cette convention expresse, si la fille n'est exclue que par une disposition de la coutume, cette exclusion ne doit pas produire effet au delà du territoire où cette coutume est souveraine. Pourquoi donc n'y aurait-il pas ici application de l'idée de convention tacite? Il n'est certes pas possible d'admettre une solution qui soit plus ouvertement contraire au raisonnement fait pour expliquer le régime légal et qui en prouve

<sup>1</sup> Glose 6, n<sup>o</sup> 36, 37, 38, 39. — Art. 218, *Cout. de Bretagne*.

<sup>2</sup> D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 218, Glose 6, n<sup>o</sup> 35,

mieux l'inanité <sup>1</sup>. C'est qu'en effet ceux qui se marient sans contrat n'ont le plus souvent pensé à rien au point de vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires. Bien mieux, il peut se faire que des incapables se marient; peut-on dire alors qu'ils aient tacitement adopté le régime que fixe la coutume de leur domicile, eux qui n'ont pas la capacité de faire par eux-mêmes un contrat exprès <sup>2</sup>?

Tel est dans quelques-uns de ses traits principaux cet épisode de la grande lutte, parfois peu courtoise, qui s'engagea au XVI<sup>e</sup> siècle entre Dumoulin, le champion de la personnalité des lois, et d'Argentré, le partisan des idées féodales, le défenseur convaincu de la réalité et de la souveraineté des coutumes.

Gui Coquille, dans son *Commentaire de la Coutume de Nivernais*, sans se placer comme Dumoulin et d'Argentré au point de vue des conventions matrimoniales, et sans discuter comme eux sur le fondement juridique du régime légal, nous donne cependant sur l'étendue des effets du contrat de donation, dans le cas spécial de don mutuel entre époux, une solution qu'il me semble intéressant de ne pas omettre ici. Cette solution générale dans ses termes, bien qu'elle soit intervenue à l'occasion d'une hypothèse déterminée, nous montre en effet que le jurisconsulte partage l'opinion de Dumoulin et fait rentrer les conventions dans le statut personnel. « Je crois, dit-il, que les dispositions qui « procèdent tout purement de la volonté de la personne qui dis-  
« pose doivent être régies par la Coutume du lieu où est le domi-  
« cile permanent et ancien de la personne qui dispose, en quelque  
« part que les biens soient assis... » Mais « la seule volonté des  
« parties ne suffit pas pour faire valoir le contrat, si cette vo-  
« lonté n'est assistée de la loi. Or, sont nos personnes sujettes à  
« la loi du lieu où est notre domicile ancien et ordinaire et avec  
« nos personnes nos volontés sont aussi sujettes pour ne pouvoir

<sup>1</sup> D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 218, Glose 6, n<sup>o</sup> 33. Il est à remarquer que d'Argentré ne dit rien de la conciliation des deux solutions proposées par Dumoulin. Celui-ci se refuse à voir une convention sous-entendue dans la coutume qui exclut la fille dotée de la succession du constituant, parce que cette coutume prononçant une exclusion est restrictive du droit commun, et par suite ne doit pas être étendue au-delà des limites où elle commande.

<sup>2</sup> D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 218 Glose 6, n<sup>o</sup> 33.

« vouloir ni disposer de nos biens quelque part qu'ils soient, « sinon selon et ainsi que ladite loi le permet <sup>1</sup>. »

Quant à la jurisprudence, particulièrement celle du Parlement de Paris, si elle admet encore volontiers, à l'époque à laquelle nous sommes actuellement placés, la doctrine de la réalité<sup>2</sup>, qu'elle consacrait exclusivement jusque-là, elle se montre hésitante et accueille parfois avec faveur l'idée de personnalité. Je me contenterai de signaler en passant l'arrêt du Parlement de Paris, rendu dès 1527 dans l'affaire de Ganey, conformément à la consultation de Dumoulin que j'ai brièvement analysée plus haut <sup>3</sup>.

Quoi qu'il en soit, le débat sur le fondement juridique et sur les effets des conventions matrimoniales, emprisonné bien à tort au XVI<sup>e</sup> siècle dans le domaine si incertain de la théorie des statuts, s'y maintint par la suite, et c'est là un des principaux motifs pour lesquels le vrai rôle de la volonté en cette matière, à peine entrevu dans l'ancien droit, n'a pas encore été nettement placé de nos jours en dehors de toute controverse.

Au XVII<sup>e</sup> siècle, c'est en Belgique et en Hollande que se transporta le centre principal des études sur la théorie des statuts, et l'école de jurisconsultes dont Burgoigne, Huber, Rodenburgh, Paul et Jean Voët sont les principaux représentants se montra fermement attachée aux principes réalistes. Il semblerait dès lors que l'opinion de D'Argentré sur les conventions matrimoniales dut y être accueillie par tous avec faveur. Il n'en fut rien cependant.

La Cour du Brabant hollandais s'étant prononcée pour la réalité du statut de communauté, on vit la controverse éclater au XVII<sup>e</sup> siècle avec la même vivacité qu'au XVI<sup>e</sup>. Tandis que le légiste belge Stockmans attaquant la décision de la Cour accuse, en les raillant, les magistrats de n'appliquer la réalité du statut de communauté que par pur esprit de routine <sup>4</sup>, Vander-Muelen,

<sup>1</sup> Gui Coquille, *Comment. sur la Cout. de Nivernais*, chap. XXIII, art. 27. — V. également, *Questions*, nos 131 et 135.

<sup>2</sup> *Arrêt Lamberty*, rendu par le Parlement de Paris en 1547. — V. Froland, *Mémoires*, t. I, p. 283.

<sup>3</sup> On peut rapprocher de cet arrêt ceux qui nous sont indiqués par Bacquet, dans son *Traité des droits de justice*, chap. XXI, nos 67 et suiv. Bacquet qui rapporte ces arrêts se range à la doctrine de Dumoulin.

<sup>4</sup> Stockmans, *Decisiones brabantinae*, Hécis. L:

prenant leur défense, prétendit établir au contraire le bien fondé de la décision.

Je ne dirai qu'un mot de cette défense présentée par le conseiller à la Cour du Brabant hollandais dans une dissertation qu'il place sous cette rubrique : « *Decisio brabantina super famosissima questione*, » et dans laquelle il ne fait que reproduire le plus souvent les arguments qu'avait autrefois développés d'Argentré<sup>1</sup>. Mais Vander-Muelen fait valoir à l'appui de sa thèse une considération qui lui paraît être surtout décisive pour affirmer la réalité du statut de communauté, et qui mérite une observation. Quand on décide, nous dit-il, que la communauté régie par la loi du domicile matrimonial doit s'étendre à tous les biens des époux, quelle que soit leur situation, on se fonde sur ce que ce régime établit une société de biens contractuelle, qui est la conséquence du mariage, et dépend de la volonté des parties comme en dépend le mariage lui-même qui associe les personnes. En est-il donc ainsi ? Non, évidemment, puisqu'il est, par exemple, des pays où l'on suit le régime dotal qui, excluant toute associations des intérêts pécuniaires, établit au contraire la séparation des biens. Voilà la preuve, dit notre auteur, que si les époux sont communs en biens dans certaines contrées, ils ne le sont pas en vertu de leur volonté, mais par l'effet même de la loi qui est en vigueur dans ces pays. En somme, la diversité des régimes matrimoniaux établis comme formant le droit commun dans les différentes régions, prouverait que ces régimes ne sont que des créations de législateur.

Cette argumentation qui prend à la lettre une assertion de Dumoulin relative à la communauté, quand il nous dit qu'elle est la conséquence sous-entendue du mariage contracté, n'a aucune valeur. Elle me paraît en effet être en opposition avec l'esprit qui se dégage de l'ensemble de la doctrine du grand jurisconsulte du XVI<sup>e</sup> siècle, qui, tout en raisonnant sans doute sur la communauté, tant à raison de la question que soulevait la cause sur laquelle il était consulté qu'à raison aussi de ce fait que la com-

<sup>1</sup> Il est longuement rendu compte de la dissertation de Vander-Muelen, dans l'ouvrage de M. Laurent : V. Laurent, *Droit civil international*, t. V, p. 410 et suiv.; nos 192 et suiv.

munauté était le régime de droit commun dans la coutume de Paris, admettait une idée beaucoup plus large : celle de convention tacite pour expliquer, d'une manière générale, le fondement du régime légal quel qu'il fût. Si donc la communauté, qui est le régime du domicile des époux, s'applique à tous leurs biens sans que l'on ait à tenir compte de leur situation respective, c'est moins parce qu'elle constitue une société de biens que les époux sont réputés avoir tacitement contractée en se mariant, que parce que la communauté qui forme le régime de droit commun au lieu du domicile matrimonial, est celui que les époux ont voulu accepter. Ce qui est vrai de la communauté à ce point de vue, est vrai de tout autre régime légal, et c'est là ce qu'admettait Dumoulin.

En tout cas, tandis que les légistes belges : Everard, président du conseil de Malines, Peck, Paul Voët<sup>1</sup> suivaient, comme Vander-Muelen, l'opinion de D'Argentré, d'autres jurisconsultes de la même école, des réalistes pourtant comme eux, Burgoigne, Rodenburgh<sup>2</sup>, Huber<sup>3</sup>, s'éloignaient de la solution que consacrait la pratique de la Belgique et des Provinces-Unies, pour accepter plus ou moins complètement celle de Dumoulin<sup>4</sup>.

Mais il est surtout une doctrine, celle de Jean Voët, à laquelle il convient de faire ici une place tout à fait à part.

Ayant accepté d'abord la doctrine de D'Argentré, Jean Voët, après réflexion, la répudie, mais en réaliste convaincu qui ne veut pas l'extension du domaine du statut personnel, il n'admet pas davantage la doctrine de ceux qui font rentrer dans ce statut les conventions matrimoniales. Écoutons-le en effet parler : « No-

<sup>1</sup> Ces légistes sont cités notamment par Jean Voët, *Comment. ad Pandectas*, liv. XXIII, t. II, § 85 et aussi par Bouhier, *Observ. sur la Cout. de Bourgogne*, chap. XXIII.

<sup>2</sup> Rodenburgh, *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum concursu*, chap. V, §§ 12, 13, 14, 15. — Burgoigne : *in tract. controvers. ad. consuet. Fland.*, t. I, n° 15.

<sup>3</sup> Huber, *Prælectiones juris civilis*. — *Traité de Conflictu legum*, liv. 1, t. III, § 169.

<sup>4</sup> Hert, qui professa à l'Université de Giessen au XVII<sup>e</sup> siècle, se rallie également à la doctrine qui applique le principe de la volonté tacite, Hertius, *De collis. leg.*, § 46.



« *tandum disputationes illas an contractus informetur a statuto, an statutum transeat in vim legis privatæ, an statutum reale possit informare contractum personalem, an statutum regatur a contractu, an contractus regatur a statuto, aliaque his similia, prætermitti posse, si mentem verbis simplicibus apertisque explicemus.* » Ce qu'il faut faire d'après Jean Voët, c'est dégager la question des conventions matrimoniales de toute controverse mettant en jeu les statuts tant personnel que réel pour se référer tout uniment à la volonté des parties. Si celles-ci rédigent un contrat de mariage elles doivent avoir une entière liberté pour le règlement de leurs intérêts privés; si elles n'en rédigent pas un, c'est alors et uniquement à l'interprétation raisonnable de leur volonté qu'il faut songer : « *Si inquiras, nous dit-il, unde fiat quod Hollando in Hollandia nuptias contrahente et Frisica et Hollandica conjugum prædia (idem de alibi ubicumque sitis judicium esto) communia fiant, aio Hollandica quidem prædia communia fieri ex vi statuti vel consuetudinis hollandicæ, nullis pactis dotalibus infirmatæ, adeoque per conjuges tacite confirmatæ, adeo ut hic concurrat et statuti efficacia et tacitus conjugum in eam consensus : Frisica vero nullo modo ex statuto hollandico quod vires exserere atque extendere ad prædia Frisica nequaquam potuit quantum ad effectus reales, imo nec propalam vires suas eo porrigit quantum ad effectus personales...* » Mais comment interpréter sainement la volonté des époux. Voët nous répond : « *Ut in cæteris contractibus, ita et in contractu matrimonii spectandum est quod pactis dotalibus actum est : sed si non appareat quid actum sit seu qua lege quibusve conditionibus matrimonium sit initum, non id observandum dicitur quod obtinet in regione in qua unaquæque res sita est... sed id unum quod in regione in quâ contractum est, frequentatur. Contractum autem in dubio intelligitur matrimonium in loco domicilio mariti<sup>1</sup>.* »

Telle fut cette remarquable théorie du réaliste hollandais, le seul des vieux auteurs qui ait reconnu véritablement l'autonomie de la volonté et qui ait, à mon avis, indiqué la solution exacte de la question que soulèvent les conventions matrimoniales. Cette

<sup>1</sup> Jean Voët, *Comment. ad. Pandectas*, liv. XXIII, t. II, § 85 et suiv.

solution passa pourtant inaperçue, soit parce qu'elle était noyée dans un vaste commentaire sur les *Pandectes*, soit peut-être parce qu'elle ne dut être considérée que comme un expédient ingénieux destiné à refuser au statut personnel la véritable portée que les jurisconsultes statutaires, qui ne voulaient que deux catégories de lois, s'efforçaient de lui reconnaître.

Mais quittons la Belgique et la Hollande, et revenons en France.

La doctrine de Dumoulin, qui rencontre encore des résistances sérieuses en Bretagne et en Normandie, est suivie au XVII<sup>e</sup> siècle de plus en plus, tant par les jurisconsultes que dans la jurisprudence. Tandis que le commentateur de la *Coutume de Normandie*, Basnage <sup>1</sup>, se montre un des derniers partisans de la souveraineté absolue des coutumes, Lebrun <sup>2</sup>, Challine <sup>3</sup>, Duplessis <sup>4</sup> acceptent le système de la personnalité, et le président Lamoignon propose, dans ses *Arrêtés*, l'adoption, comme règle générale du royaume, d'une disposition ainsi conçue : « Quand il y a « communauté entre mari et femme, il faut y faire entrer les « acquêts faits aux lieux où la communauté n'est pas reçue <sup>5</sup>. »

C'est qu'en effet la règle de la personnalité des statuts des conventions matrimoniales pénètre de plus en plus la pratique, et nombre de décisions la proclament. Qu'il nous suffise ici de noter une décision de 1616, rendue par la Chambre du Trésor, et deux arrêts du Parlement de Paris, l'un de 1617 <sup>6</sup>, l'autre de 1640 <sup>7</sup>. Ce dernier arrêt eut ceci de notable que, l'affaire à propos de laquelle il intervint mettant en conflit d'une part le statut

<sup>1</sup> Basnage, *Comment. sur l'art. 320 de la Cout. de Normandie*.

<sup>2</sup> Lebrun, *Traité de la Communauté*, liv. I, chap. II, §§ 2 et 3. Comp. son *Traité des successions*, liv. II, chap. IV, *des réserves coutumières*, § 51.

<sup>3</sup> Challine, *Méthode pour l'intelligence des Coutumes de France*.

<sup>4</sup> Duplessis, *Comment. sur l'art. 220 de la Coutume de Paris*.

<sup>5</sup> Lamoignon, *Arrêtés*, v<sup>o</sup> *Titre de la Communauté*, n<sup>os</sup> 2 et 25, *Titre du droit de contin. de communauté*, n<sup>os</sup> 12 et 13.

<sup>6</sup> Ces décisions de 1616 et de 1617 sont rapportées notamment par Ferrière dans les questions qui font suite aux œuvres de Bacquet, *Questions*, chap. XI, n<sup>o</sup> 9.

<sup>7</sup> V. cet arrêt rapporté notamment par Duplessis, *Comment. sur l'art. 220 de la cout. de Paris*.

de Lucques, c'est-à-dire une loi étrangère, et d'autre part la coutume de Paris, il trancha un véritable débat de droit international privé. Le Parlement de Paris considéra que le statut de Lucques, où l'on pratiquait le régime dotal, étant celui qui devait être suivi, eu égard aux faits de la cause, pour le règlement des intérêts pécuniaires des époux, il fallait en faire l'application même aux biens qui étaient situés dans le ressort de la coutume de Paris. Ainsi, qu'il s'agisse d'un conflit entre coutumes françaises ou d'un conflit entre une coutume française et une loi étrangère, peu importe, les principes sont les mêmes et dans les deux cas c'est la thèse de Dumoulin qui prévaut <sup>1</sup>.

Cette thèse qui, nous venons de le voir, est généralement reçue au XVII<sup>e</sup> siècle en France, l'emporte définitivement au XVIII<sup>e</sup>. Nous en avons un témoignage frappant qui nous est fourni par Froland. Le jurisconsulte qui manifeste plus d'une fois dans ses « mémoires concernant les statuts », tout le regret qu'il exprime de voir disparaître peu à peu le vieux respect que l'on avait pour la souveraineté des coutumes, asservirait volontiers les conventions à l'autorité de la loi. « Je n'ai pas de peine, « nous dit-il en effet, à concevoir la raison pour laquelle on met « au nombre des statuts personnels, ceux qui regardent la majorité, l'interdiction, l'autorisation du mari... Mais on ne conçoit « pas bien aisément ce qui détermine à donner cette qualité, « comme on fait au Parlement de Paris, à quelques-uns dont « nous allons dire un mot <sup>2</sup>. » Et Froland signale en première ligne l'art. 220 de la coutume de Paris « qui admet la communauté de biens entre mari et femme, et à qui le Parlement de « Paris donne une si grande étendue que sans stipulation de « communauté, de soumission parfaite à la coutume et de déro- « gation à tout autre contraire, et même sans contrat, il autorise « la femme mariée en cette ville et qui va demeurer avec son

<sup>1</sup> C'est la théorie des statuts qui est appelée à trancher les conflits internationaux comme les conflits entre coutumes. V. la remarquable étude de M. Laine: *le droit international privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts* (*Journ. du droit intern. privé*, 1885, p. 256 et suiv).

<sup>2</sup> Froland, *Mémoires concernant les statuts*, t. I, p, 89.

« mari dans une province dont la coutume est exclusive ou « prohibitive de communauté, à faire valoir sa qualité de com- « mune et à prendre la moitié en propriété de tous les meubles « que son mari a laissés en mourant, et dans tous les conquêts « qu'il a faits en cette province. » Dans les cas de cette nature, « pour peu qu'on y fasse attention, poursuit le jurisconsulte, ne « peut-on pas dire qu'il ne s'agit point de l'état universel de la « personne abstraction faite de toute matière réelle, ce que l'on « dit faire l'essence du statut personnel ? » Cependant Froland, tout en remarquant que la doctrine de D'Argentré est susceptible d'être défendue « par beaucoup d'exemples et d'autorités », se voit bien obligé de constater que l'isolement s'est fait de plus en plus grand autour d'elle, et nous le voyons conduit, quelque peu à contre-cœur, à accepter lui aussi en fin de compte la personnalité du statut de communauté. Citons un passage topique à cet égard dans lequel l'avocat au Parlement de Paris répond aux objections qu'il vient de formuler. On peut répondre, dit-il, « que « le statut qui regarde la communauté de biens entre mari et « femme et auquel les conjoints se sont expressément ou tacite- « ment asservis, ne saurait être considéré que comme un statut « personnel. Proposition d'une part, acceptation de l'autre, con- « ventions entre les parties contractantes et leurs deux familles : « il n'y a rien là qui ne soit personnel et qui ne mérite d'être « exécuté dans toute son étendue, la faveur du contrat de mariage « qui est le plus sacré de tous les actes qui se font dans la société « civile, ce qu'on doit à ses engagements, la bonne foi, l'hon- « neur et l'équité le demandent, et quand il se formerait un « combat entre la coutume de la situation des conquêts et celle « du lieu où les engagements ont été formés, et où la célébration « du mariage a été faite, nulle difficulté que celle-ci doit l'em- « porter sur l'autre parce que la disposition de l'homme est plus « noble que la disposition de la loi et doit avoir la préférence <sup>2</sup>. » Moins hardi que Jean Voët, Froland, dont l'esprit se trouve assailli par les mêmes doutes et les mêmes hésitations, n'ose donc

<sup>1</sup> Froland, *Mémoires concernant les statuts*, t. 1, p. 90.

<sup>2</sup> Froland, *Mémoires concernant les statuts*, t. 1, p. 92. Comp. t. 1, p. 194.

pas comme lui placer le rôle de la volonté résolument en dehors de la théorie des statuts.

Boullenois qui, à l'exemple de Froland, ne comprend guère la relation que l'on prétend établir entre les conventions et le statut personnel en se plaçant au point de vue du raisonnement de Dumoulin, essaie de faire prévaloir une doctrine nouvelle dont il emprunte le principe à Lebrun. « Lebrun, écrit-il, en son traité « des successions, titre des réserves coutumières n° 53, est celui « des auteurs que je connais qui a décidé le plus nettement notre « question. L'article, dit-il, qui établit la communauté entre per- « sonnes mariées et domiciliées sur la coutume, règle leur état « entier sans considérer ce qui fera la matière de cette communauté. « Dans ce système je n'ai besoin ni de la convention expresse ni « de la convention présumée, je tiens de la loi mon état et ma condi- « tion de commun ou de non commun, comme un autre tient d'elle « son état de majeur, ou de mineur, et cet état importe partout, « et influe surtout comme étant un état personnel<sup>1</sup>. » Ainsi, pour « Boullenois, quand une coutume décide qu'il y aura communauté de biens, ou qu'il n'y en aura pas entre conjoints, elle ne fait rien autre chose que fixer l'état et la condition des personnes.

Mais la tentative de Boullenois resta infructueuse. Bouhier, le plus personnaliste de tous les jurisconsultes de son époque, s'inspira directement de la théorie de Dumoulin, et posa comme lui la règle que « tout statut qui est fondé sur une convention « tacite et présumée des contractants est personnel<sup>2</sup>. »

Enfin Pothier, que l'on peut considérer comme l'un des principaux vulgarisateurs des idées du grand jurisconsulte du XVI<sup>e</sup> siècle, après avoir rappelé la célèbre querelle, affirme à son tour la vérité du principe qui est suivi par la pratique, puis l'inscrit et le développe au frontispice même de son traité de la communauté<sup>3</sup>.

Il ne nous reste plus désormais qu'à tirer des conclusions de

<sup>1</sup> Boullenois, *Traité des statuts réels et personnels*, t. II, chap. V, obs. XXIX, t. I, *des œuvres de Boullenois*, p. 737, 738, 739.

<sup>2</sup> Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, chap. XXIII, Règle II, n° 69 et suiv.

<sup>3</sup> Pothier, *Traité de Communauté*, article préliminaire. Dans le même sens Pocquet de Livonnière, *Règles du droit français*, liv. IV, chap. III et IV; — Prévost de la Jannès, t. V, *de la Communauté*, seconde règle.

cet aperçu historique que je n'ai fait que tracer dans ses grandes lignes, en négligeant, de crainte de l'obscurcir, bon nombre de controverses de détail intéressantes qu'il eût été possible de relever dans les vieux auteurs. Voici quelles sont ces conclusions.

Tout d'abord la doctrine de la personnalité du statut des conventions matrimoniales a un avantage incontestable sur celle de la réalité : c'est de n'appliquer qu'une loi unique au règlement des intérêts pécuniaires des époux. On peut dire qu'à ce point de vue elle se montre logique et ne contrarie pas la volonté des parties.

Mais d'autre part la doctrine qui prévalut dans l'ancien droit n'a pas su dégager dans toute son ampleur, puisqu'elle le fait dépendre du statut personnel, le principe de liberté de la volonté.

Il résulte en effet de cette doctrine que lorsque les époux n'ont pas rédigé de contrat de mariage, c'est par l'effet d'une véritable présomption légale qui n'admet pas la preuve contraire, et qui peut parfois, à raison des circonstances, ne pas s'harmoniser avec la volonté, que l'on détermine le régime des biens d'après la coutume du lieu du domicile matrimonial <sup>1</sup>.

On devrait dire aussi, par application du même principe, que les époux, lorsqu'ils rédigent un contrat de mariage, ne devraient pouvoir déroger dans ce contrat aux règles qui sont établies dans la coutume qui fixe leur statut personnel, qu'autant que cette coutume le leur permet. Il est juste toutefois de remarquer, ce qui aboutit à leur concéder une liberté presque entière, qu'une grande latitude leur est généralement laissée à cet égard, et que toute coutume doit être interprétée comme accordant une permission par cela même qu'elle ne contient pas une défense. C'est ce qui nous est dit notamment par Argou dans les termes suivants : « Comme on

<sup>1</sup> On a discuté sur la fixation de ce domicile matrimonial. V. notamment Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. II, nos 36 et suiv. Renusson, *Communauté*, part. I, chap. IV, nos 18 et suiv. *Œuvres de Duplessis*, consultation 31. L'opinion qui prévalut, c'est qu'il n'est autre que le domicile du mari à moins que celui-ci n'ait au moment du mariage l'intention de venir s'établir au domicile de la femme. Le domicile matrimonial est donc celui où les époux se proposent d'établir le centre de leurs intérêts. Une fois choisi il est immuable, et, comme l'admettait déjà Dumoulin, un changement de domicile n'influe pas sur le régime matrimonial. V. Pothier, *Communauté*, article préliminaire.

« peut stipuler qu'il n'y aura point de communauté dans les  
« coutumes qui l'admettent de plein droit, on peut aussi stipuler  
« qu'il y aura communauté dans les coutumes qui n'en parlent  
« point. Cela se pratique tous les jours dans les pays de droit  
« écrit, et ne peut faire aucune difficulté dans les coutumes qui  
« n'ont point de dispositions qui défendent expressément la sti-  
« pulation de communauté; mais quand la coutume contient une  
« prohibition expresse, il faut faire une distinction : quand  
« toutes les deux parties ont leur domicile dans le ressort de la  
« coutume prohibitive dans le temps de mariage, la stipulation  
« de communauté ne peut être valable, parce qu'ils ne peuvent  
« pas, par quelque convention que ce soit, déroger à une cou-  
« tume qui forme un droit public à leur égard, à laquelle leurs  
« personnes sont soumises, et qui par conséquent les rend inca-  
« pables de faire une telle stipulation; mais s'ils demeurent tout  
« deux hors du ressort de la coutume prohibitive au temps du  
« mariage, ou même si l'un d'eux n'y est pas domicilié, on tient  
« que la stipulation de communauté est valable en ce cas. Pour  
« lever cette difficulté on a coutume, dans les contrats de mariage  
« dans lesquels on veut stipuler la communauté, d'insérer une  
« clause portant soumission à la Coutume de Paris ou autre sem-  
« blable et dérogation à toutes autres coutumes contraires <sup>1</sup>. »  
Et la jurisprudence du Parlement de Paris va bien loin dans cet  
ordre d'idées, ainsi que nous pouvons nous en convaincre en nous  
reportant encore à Argou. « Je ne connais, écrit-il, que la Cou-  
« tume de Normandie qui contienne une prohibition expresse de  
« stipuler une communauté... Quand un habitant de Normandie  
« vient se marier à Paris, ce n'est pas assez d'insérer dans le con-  
« trat de mariage une clause générale portant soumission à la  
« Coutume de Paris, il faut une dérogation expresse à la Coutume  
« de Normandie, mais nonobstant cette précaution le Parlement  
« de Rouen, jaloux de l'autorité de sa coutume, juge que l'on ne  
« peut déroger à sa disposition par aucune clause : c'est pourquoi  
« les femmes et leurs héritiers ne manquent point d'attirer l'affaire  
« au Châtelet de Paris, en vertu du privilège du sceau du Châ-

<sup>1</sup> Argou, *Institution au droit français*, liv. III, chap. IV, de la Communauté, p. 25 et 26.

« telet, qui est attributif de juridiction, et les officiers du Châtelet  
 « jugent que la clause du contrat de mariage doit être exécutée  
 « nonobstant la prohibition de la coutume : ce qui est autorisé  
 « par les arrêts du Parlement de Paris avec raison, car, suivant  
 « la doctrine de tous les docteurs et la jurisprudence de tous les  
 « tribunaux du monde, la disposition de l'homme fait cesser celle  
 « de la loi : ce qui doit principalement avoir lieu dans les con-  
 « trats de mariage, qui font les lois des familles pour la conser-  
 « vation desquelles les lois publiques ont été faites <sup>1</sup>. » On ne  
 peut, à mon avis, qu'approuver cette jurisprudence libérale en  
 tant qu'elle proclame la liberté de la volonté exprimée par les  
 époux, mais on ne saurait en même temps s'empêcher de recon-  
 naître qu'elle n'observe pas les règles normales du statut per-  
 sonnel. Ceci montre bien la fausseté du point de départ de la doc-  
 trine de la personnalité du statut des conventions matrimoniales.

En insistant quelque peu dans ce chapitre sur l'évolution his-  
 torique de la question que je me suis proposé d'étudier après  
 tant d'autres que je ne saurais égaler, et en faisant intervenir de  
 fréquentes et peut-être trop longues citations empruntées aux  
 vieux auteurs, je n'ai point cédé à un sentiment de pure curio-  
 sité historique, car nous allons voir dans le droit moderne la  
 question se poser dans les mêmes termes que jadis, et défendue  
 tour à tour par les mêmes arguments.

(à suivre).

F. SURVILLE.

## BIBLIOGRAPHIE.

### TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DU DROIT PÉNAL FRANÇAIS <sup>2</sup>,

Par M. R. GARRAUD, avocat à la Cour d'appel,  
 Professeur de droit criminel à la Faculté de droit de Lyon,  
 Membre de la commission de surveillance des prisons du département  
 du Rhône.

Compte rendu par M. A. CARPENTIER, agrégé des Facultés de droit.

M. Garraud, professeur de droit criminel à la faculté de droit

<sup>1</sup> Argou, *Institution au droit français*, liv. III, chap. IV, de la *Communauté*, p. 27. — Comp. Pothier, *Communauté*, article préliminaire. — V. également Bourjon, *Droit commun de la France, Communauté*, 1<sup>re</sup> partie, chap. I, section IV, distinction II.

<sup>2</sup> Paris, 5 vol. in-8, 50 fr.



de Lyon, dont les beaux travaux sur la législation répressive sont connus et appréciés de tout le monde, vient de publier, sous le nom de *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, les deux premiers volumes d'un ouvrage qui nous paraît appelé à avoir le plus grand succès.

Le titre seul de cet ouvrage nous éclaire sur sa portée et sur le but que le savant professeur s'est proposé d'atteindre en l'écrivant.

Ce qu'il a voulu faire, ce n'est plus comme son *Précis de droit criminel*, si fort goûté des étudiants, un livre rédigé conformément à un programme officiel d'enseignement, et destiné à permettre à un public spécial de satisfaire aux exigences de ce programme, mais une œuvre beaucoup plus vaste, un traité qui, embrassant en quelque sorte l'ensemble des connaissances acquises en matière pénale, pût être consulté avec fruit par tous ceux qui s'intéressent à ces sortes de sujets, par le publiciste par conséquent aussi bien que par le magistrat ou l'avocat, et leur fournit toutes les indications dont ils pourraient avoir besoin sur l'histoire de la législation criminelle en France, sur son dernier état, sur les critiques dont elle a été l'objet, sur les réformes dont elle paraît susceptible, ainsi que sur les nombreuses et délicates applications qui en ont été faites en pratique.

Il n'est pas besoin d'insister sur les difficultés que présentait une pareille entreprise.

Le droit pénal en lui-même est quelque chose d'éminemment complexe ; par sa nature il participe à la fois du droit naturel et du droit positif : par son objet et par les intérêts puissants qu'il met en jeu il touche tout ensemble à la politique proprement dite et à l'économie politique. A ces différents titres il semble donc qu'il puisse être revendiqué également par les moralistes, par les jurisconsultes et par les hommes de gouvernement comme faisant partie de leurs domaines respectifs. De là, bien des opinions divergentes, bien des théories contradictoires entre lesquelles il n'est pas toujours facile de prendre parti : de là aussi une grande instabilité dans les différents régimes qui se sont succédé en France.

Voilà pour le côté théorique.

Pour le côté pratique, une infinie variété d'infractions entre lesquelles il n'existe souvent que des nuances délicates à bien saisir, et partant aussi un nombre infini de décisions judiciaires parfois inconciliables. — A côté et en dehors d'un Code qui ne peut pas tout régler, tout un cortège de dispositions spéciales, les unes antérieures, la plupart postérieures à 1810, mais puisées dans des lois sans cohésion et sans rapports entre elles, lois pénales à proprement parler, administratives ou judiciaires. — Au point de vue de l'application des peines, et plus spécialement au point de vue de l'application des peines privatives de la liberté, un partage d'attributions de nature à donner naissance aux conflits les plus regrettables entre les différentes autorités chargées de l'application du service pénitentiaire, des expédients destinés à suppléer à l'accomplissement strict des prescriptions légales rendues impossibles par des nécessités budgétaires, etc., etc.

Ces indications ne sont-elles pas suffisantes pour faire ressortir les difficultés de la tâche assumée par M. Garraud, et pour faire éclater le mérite qu'il a eu à en triompher?

Nous ne craignons pas de le dire, en effet, l'estimable auteur a su venir à bout de tous les obstacles dont sa route était semée. Possédant mieux que personne un sujet qu'il professe depuis déjà de longues années, particulièrement préparé par son enseignement même à l'examen et à la critique des différentes opinions qui se sont fait jour en la matière, il a su, tout en faisant prévaloir les arguments qui militent en faveur des doctrines auxquelles il s'arrête, exposer avec impartialité tous les systèmes de ses adversaires. Habile avocat non moins que consciencieux professeur, et par conséquent, pénétré des besoins de la pratique, il a consacré à la jurisprudence une part importante dans ses travaux, distinguant avec soin les arrêts d'application des arrêts de principe, n'omettant aucun de ces derniers, et les rejetant cependant la plupart du temps en note pour ne pas rompre l'exposition des idées. Participant enfin, en qualité de membre de la commission de surveillance des prisons du Rhône, à l'administration pénitentiaire de l'un de nos plus importants départements, il a pu saisir sur le vif les inconvénients de notre régime, et se

faire une opinion plus exacte des réformes qu'il convient d'y apporter.

Nous ne serions pas complet si nous n'ajoutions que l'ouvrage est écrit d'un bout à l'autre d'une plume alerte, dans un style sobre, clair et concis; que les divisions en sont nettes et précises; que les recherches par conséquent y sont faciles; que des bulletins bibliographiques paraissant très complets permettent de corroborer ou de compléter les renseignements fournis par l'auteur, et que malgré la modestie de son titre : *Traité théorique et pratique de droit pénal FRANÇAIS*, l'ouvrage contient des indications très nombreuses et très précises de droit pénal étranger.

Il nous reste maintenant, pour montrer en quoi ce traité se distingue des travaux similaires antérieurement parus, à en exposer rapidement le plan, et à faire connaître les principales doctrines auxquelles s'est arrêté l'écrivain.

Le traité théorique et pratique du droit pénal de M. Garraud, est divisé en deux grandes parties précédées d'une introduction.

L'introduction qui ne compte pas moins de 112 pages, et qui est à coup sûr l'une des parties les plus originales de l'œuvre, débute par une distinction très intéressante du droit criminel proprement dit et de la sociologie criminelle, c'est-à-dire de la science qui a pour objet : 1° l'étude du monde de la criminalité dans son état actuel aussi bien que dans son histoire; 2° la recherche des causes qui produisent le crime; 3° l'indication et l'organisation des moyens de le combattre. L'auteur, après avoir exposé que deux écoles diamétralement opposées regardent, la première, comme de vaines illusions toutes les conclusions de la sociologie criminelle, la seconde comme des utopies toutes les vieilles conceptions du droit pénal, arrive pour sa part à poser en principe qu'il y a place pour les deux études, et que si elles ont l'une et l'autre un objet identique « le crime et le criminel, le point de vue auquel elles se placent, l'angle sous lequel elles le considèrent sont et doivent rester différents. » Il donne à cet égard de précieux renseignements sur le service de statistique en France. Puis il passe à la définition du droit criminel qui a un quadruple objet : l'infraction, la peine, les juridictions, la procédure, — recherche et détermine la place qu'il occupe dans la

législation, — définit ses rapports avec la morale et élucide la délicate question de la légitimité et du fondement du droit de punir. A cette occasion il examine les différentes théories qui ont été produites sur ce droit et les ramène à quatre groupes principaux : 1° Les théories contractuelles ou juridiques principalement développées par Hobbes, Grotius, Jean-Jacques Rousseau, Beccaria, Fechte... 2° les théories morales ou subjectives dont la base est le principe d'infraction mis particulièrement en relief par Kant, Zachariæ, Henke, Hegel ; 3° les théories utilitaires ou objectives dont le plus célèbre apôtre est Bentham ; 4° et enfin les théories mixtes ou éclectiques qui ont été préconisées surtout par Rossi, Ortolan, Carrara, Mittermaier, von Preuschen et Mohl. La conclusion de l'auteur est qu'on ne saurait se placer à un seul point de vue pour légitimer et mesurer ce droit et que « si au point de vue *social ou objectif* le droit de punir appartient à la société, parce que la société a comme l'individu le droit de se conserver et de se défendre... au point de vue *individuel ou subjectif* la pénalité est un acte de justice, parce que le criminel a mérité la répression... », de sorte que « si on considère *in abstracto* le droit de punir, son fondement unique est la justice absolue..., et si on le considère comme un acte social, son fondement est le droit pour la société de conserver l'harmonie des rapports sociaux pour l'observation des droits et des devoirs de chacun. » Un rapide exposé des principaux caractères que doit avoir la peine, un examen approfondi des différents régimes criminels qui se sont succédé en France, et une comparaison très instructive des idées qui y dominent aujourd'hui avec les principes qui l'emportent en pays étranger, terminent cette introduction réservée comme on le voit au côté philosophique, si nous pouvons nous exprimer ainsi, du droit pénal.

Désormais le lecteur, dégagé de toute préoccupation extérieure, va donc pouvoir aborder franchement l'examen des différents problèmes d'ordre purement juridique que soulèvent *l'incrimination et la pénalité*.

Mais les règles de l'incrimination, comme celles de la pénalité, ainsi que le fait très justement remarquer l'auteur, sont de deux sortes : « les unes générales, se réfèrent aux conditions que

doit réunir tout délit quel qu'il soit et aux circonstances particulières qui peuvent le modifier ; elles organisent un système général de peines ; les autres spéciales, définissent les diverses espèces d'infractions et indiquent l'application de telle ou telle peine à tel ou tel délit. De là une division fondamentale dans l'étude du droit pénal, qui comprend essentiellement deux parties : la partie générale et la partie spéciale. » C'est la division naturelle à laquelle s'étaient attachés les rédacteurs du Code pénal ; c'est aussi la division qu'observe M. Garraud. Sa première partie embrasse les dispositions générales du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, qui se réfèrent aux règles de l'incrimination et de la pénalité. Sa seconde partie est consacrée à l'examen des différentes variétés et espèces d'infractions.

Nous ne pouvons malheureusement parler ici que de la partie générale, car elle remplit pour ainsi dire complètement les deux volumes déjà parus ; mais on nous assure que notre attente du surplus ne sera pas longue, et que les trois volumes qui doivent compléter l'ouvrage seront publiés de six mois en six mois.

Les développements consacrés à l'étude des règles générales de la pénalité et de l'incrimination sont méthodiquement distribués dans quatre chapitres relatifs : le premier, à l'infraction ; le second, à la peine ; le troisième, aux circonstances qui influent sur l'infraction et la peine ; le dernier, à la pluralité d'infracteurs ou d'infractions.

M. Garraud définit l'infraction « un fait admis ou prohibé par la loi à l'avance, sous la sanction d'une peine proprement dite, et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit. » Il approuve, malgré les nombreuses critiques dont elle a été l'objet, la classification des infractions faite par le Code pénal en trois catégories : crimes, délits et contraventions, et y voit un guide excellent dans l'examen des difficultés nombreuses que soulève l'application des règles de la prescription, du cumul, de la récidive, de la complicité, des circonstances atténuantes. Mais la gravité des atteintes portées à la loi pénale n'est pas le seul point de vue auquel on puisse se placer pour les considérer, et suivant qu'on les envisage dans leur matérialité, dans leur objet, dans leur étendue,

on arrive à des subdivisions nombreuses qui ont chacune un intérêt pratique parfois considérable.

Quelle que soit la nature de l'infraction dont il s'agit, pour qu'elle existe et par conséquent pour qu'elle puisse être frappée d'une peine, il faut toujours le concours d'un certain nombre d'éléments : un élément matériel, c'est-à-dire la participation de l'individu incriminé à un fait déterminé ; un élément moral, soit la participation à cet acte avec discernement et liberté ; un élément légal, en d'autres termes, la prévision et la punition du fait coupable par une loi à laquelle l'auteur de l'infraction devait obéissance ; enfin un élément injuste, où la preuve établie que l'acte punissable ne se justifiait par l'exercice d'aucun droit.

L'auteur est amené naturellement à faire l'analyse de ces différentes conditions, quoique dans un ordre un peu différent (car il n'est pas sans utilité pour l'exposition d'un sujet de s'attacher à un ordre ou à un autre), et il arrive ainsi à examiner successivement : l'autorité de la loi pénale quant au temps et quant au lieu, c'est-à-dire les conflits qui peuvent naître à l'occasion des lois pénales rendues successivement sur un même territoire, ou co-existant simultanément sur des territoires différents ; — les degrés que peut parcourir la réalisation de l'infraction, sa conception, sa préparation, son exécution, et sa consommation avec les différentes conséquences attachées à ces différentes phases ; — les causes qui exonèrent de toute culpabilité l'agent responsable, ou diminuent sa responsabilité, l'influence de l'âge, de l'insanité d'esprit, de la contrainte physique et morale ; — enfin les moyens de justification qu'il peut invoquer et particulièrement la légitime défense.

On voit combien ces divisions sont scientifiques, et combien elles sont simples en même temps : l'ouvrage va ainsi d'un bout à l'autre sans heurt, sans à coup, sans lacune, et l'esprit trouve autant de satisfaction à passer d'une division principale à une autre, que d'une subdivision à une autre subdivision.

On comprendra qu'il nous soit impossible de nous appesantir sur chacun des chapitres de cette vaste étude ; cependant nous signalerons particulièrement à l'attention du lecteur les parties relatives à l'autorité territoriale des lois pénales, et à l'influence

du défaut de raison chez l'agent du délit. Il y a là des pages du plus haut intérêt, tant par la manière dont elles sont traitées que par les renseignements qu'elles contiennent, et qui dénotent avec quel soin jaloux l'auteur a su se tenir au courant de la science. L'influence de la suggestion hypnotique et du somnambulisme, qui est la question du jour, occupe dans ces développements une place d'honneur.

Nous signalerons également 1° dans le titre relatif à l'étude des peines qui vient immédiatement après, la partie consacrée au régime des peines privatives de la liberté, à l'histoire du régime pénitentiaire, à la libération conditionnelle, aux peines privatives de la liberté s'exécutant par l'expatriation et par l'emprisonnement; — 2° dans le deuxième volume, les passages afférents à la responsabilité civile, passages dont on ne saurait critiquer les humbles proportions si l'on veut bien remarquer que l'auteur n'était pas obligé par son plan d'en traiter ici, qu'il n'en a parlé qu'incidemment pour ne pas laisser de lacune dans l'exposition de son sujet, et qu'il se réserve enfin d'en compléter l'étude dans un nouvel ouvrage, (c'est-à-dire évidemment dans un traité théorique et pratique d'instruction criminelle), ainsi que tout le paragraphe consacré à la prescription du droit de poursuite ou d'exécution des condamnations prononcées par les tribunaux de répression; — 3° dans le livre troisième consacré à l'étude des circonstances qui influent sur l'infraction et sur la peine, que cette influence se fasse sentir pour en déterminer ou pour en augmenter la gravité, la section relative à l'étude des circonstances atténuantes, avec la détermination précise des délits auxquels elles peuvent profiter; — 4° enfin dans le livre quatrième qui traite, comme nous l'avons dit, de la pluralité d'infractions ou d'infractions, tous le chapitre consacré à la récidive avec la détermination des conditions d'application des dispositions nouvelles sur la relégation aux récidivistes, malfaiteurs d'habitude, et les notions relatives aux moyens de constater et de préciser la récidive, et particulièrement au casier judiciaire.

Nous avons constaté déjà que les deux volumes actuellement parus étaient presque entièrement remplis par l'étude des règles générales de l'incrimination et de la pénalité. Il n'y a guère qu'une

centaine de pages en effet du second volume qui soient relatives au droit pénal spécial. Nous nous réservons d'en donner le compte-rendu avec les compléments, lorsqu'ils paraîtront.

Nous pouvons dire cependant dès maintenant que le peu que nous en possédons nous fait désirer impatiemment la suite, et nous paraît justifier de la façon la plus complète le caractère pratique que l'auteur a entendu donner à son beau traité.

A. CARPENTIER.

### ÉTUDES SUR LES ASSURANCES SUR LA VIE <sup>1</sup>,

Par M. Joseph LEFORT, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Lauréat de l'Institut.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Peu de questions offrent un intérêt plus actuel et plus pratique que celles qui sont relatives aux assurances sur la vie et à la solution des difficultés nombreuses auxquelles donne journellement naissance ce délicat problème juridique. Parmi ces questions, celles que soulève l'attribution du bénéfice d'une assurance de ce genre, stipulée au profit d'une tierce personne, figurent, sans contredit, au nombre des principales et des plus épineuses. Appelé, par ses fonctions, à donner sur les plus importantes d'entre elles un certain nombre de consultations, sollicitées par plusieurs Compagnies d'assurances, M. Lefort, dont la compétence spéciale à cet égard est bien connue de tous, a été amené à leur consacrer un examen attentif et réfléchi, et à en faire l'objet d'études approfondies. Le *Recueil périodique des assurances* y a gagné toute une série d'articles dignes d'être remarqués; ce sont les dissertations publiées, à des dates diverses, dans ce *Recueil*, que l'auteur a eu l'heureuse pensée de réunir dans la substantielle petite brochure que nous avons la bonne fortune de signaler aujourd'hui aux lecteurs de la *Revue critique*.

Rechercher et apprécier les différentes et très réelles modifications qui se sont récemment produites dans la jurisprudence au sujet de l'attribution du bénéfice d'une assurance sur la vie, stipulée au profit d'un tiers, tel est le but que s'est proposé le savant praticien; disons de suite que les solutions qu'il propose

<sup>1</sup> Paris, 1887, 1 broch. in-8 de 63 pages.



résultent des principes généraux qui dominent le sujet, et qui se trouvent exposés avec un incontestable talent.

La monographie que nous avons sous les yeux se répartit en sept études bien distinctes; dans chacune d'elles, M. Lefort analyse avec soin les opinions diverses qui se sont fait jour à propos de telle ou telle difficulté, et, avec autant de sûreté de vues que de puissance de logique, il indique les raisons de décider. Nous nous proposons de passer successivement en revue ces sept études.

La première porte pour titre : *Du droit de la femme bénéficiaire d'une assurance sur la vie, en cas de faillite du mari.* Suivant l'auteur, il est hors de doute que le capital d'une assurance faite par un mari au profit exclusif de sa femme doit, en principe, parvenir à celle-ci; mais que, cependant, en vertu de la règle *Fraus omnia corrumpit*, il faut toujours écarter les cas de fraude; et que, malgré la déclaration de faillite, les créanciers du mari n'ont aucun droit sur la somme dont il s'agit. — A vrai dire, ce n'est là qu'une espèce particulière, qui se rattache à une question beaucoup plus générale : celle de savoir quels sont les droits des bénéficiaires d'une assurance sur la vie, en cas de faillite de celui qui a stipulé au profit de ces bénéficiaires. Que si, à l'instar de M. Lefort, on veut restreindre le débat, et, au lieu de l'envisager dans toute sa généralité, le spécialiser à une hypothèse donnée, on peut supposer avec lui qu'une assurance a été contractée par un mari au profit de sa femme nommément désignée, et se demander si cette dernière peut recueillir, à l'exclusion de tous autres, le montant intégral de l'assurance, dans le cas où son mari serait tombé en faillite, ou bien si les créanciers sont fondés à venir lui disputer le bénéfice du contrat.

Pendant de longues années, c'est au moyen d'une distinction que les tribunaux avaient coutume de trancher le différend. Le mari passait-il l'assurance au nom de sa femme, sans rien stipuler pour lui-même et sans se réserver aucun droit, par conséquent, sans idée de spéculation, sans arrière-pensée d'un avantage personnel, et dans un but unique de prévoyance? Alors, ils décidaient que sa faillite était impuissante à entraîner la perte du bénéfice résultant d'une pareille attribution. Que si, au contraire,

le mari n'avait pas stipulé d'une façon nette et précise pour sa femme seule, ou si, tout en stipulant pour sa femme, il avait stipulé également pour lui-même, ils admettaient que le profit de l'assurance appartenait à la faillite, comme ayant fait partie du patrimoine, devenu maintenant le gage commun des créanciers.

Toutefois, un revirement se produisit, et un arrêt de la chambre des requêtes, du 2 mars 1881, inaugura un nouveau système, en vertu duquel le droit des créanciers devait, dans tous les cas, l'emporter sur celui de la femme.

Nous n'hésitons pas à déclarer que cet arrêt partait d'un point de vue absolument erroné : il supposait, en effet, que l'attribution à la femme du bénéfice de l'assurance à titre gratuit constitue une libéralité ; or, cette idée est loin d'être exacte, si l'on suppose surtout que les primes sont payées avec les revenus. Ce n'est pas ici le cas d'appliquer la maxime *nemo liberalis nisi liberatus*, puisque la somme payée par l'assureur n'a jamais fait partie du patrimoine de l'assuré ; c'est le montant des primes qui, seul, en est sorti, mais jamais le capital dû par l'assureur n'a pu en provenir, puisqu'il n'y est pas entré.

Aussi, la Cour de cassation, par arrêt du 2 juillet 1884, s'est-elle fixée dans un sens plus favorable à la femme, en statuant qu'en cas d'attribution directe et spéciale du bénéfice d'une assurance sur la vie à une tierce personne, nommément désignée, sans réserve aucune au profit du stipulant, et tout vice de fraude écarté, le bénéfice doit être recueilli par le gratifié d'une façon exclusive.

M. Lefort s'attache à justifier les principes admis aujourd'hui par cette jurisprudence et il leur consacre des développements qui seront lus avec attrait et profit.

Les six autres études qui sollicitent son examen, touchent à des questions non moins intéressantes. Contentons-nous d'en donner un aperçu sommaire.

La seconde est intitulée : *Du droit du créancier bénéficiaire d'une assurance sur la vie, en cas de faillite de l'assuré*. L'auteur conclut en admettant que le capital d'une assurance sur la vie faite au profit exclusif d'un créancier doit lui être intégrale-

ment versé et que, malgré la déclaration de faillite de l'assuré stipulant, la masse créancière n'a aucune prétention à élever à son égard.

M. Lefort s'occupe ensuite de l'acceptation du bénéfice d'une assurance sur la vie après le décès du stipulant. Pour lui, la personne gratifiée d'une assurance sur la vie faite à son profit par un tiers peut accepter cette libéralité à toute époque, et, par conséquent, même après la mort de l'assuré.

Quelle est la nature juridique du contrat substituant une personne à une autre pour la perception du bénéfice d'une assurance sur la vie ? L'examen et la solution de cette question forment l'objet de la quatrième étude. L'hypothèse prévue est des plus simples : un assuré, après avoir signé une police d'assurance sur la vie et avoir attribué à un tiers le capital exigible à son décès, par un avenant accepté par toutes les parties, notamment par la Compagnie d'assurances, modifie le contrat primitif en en attribuant le bénéfice à une autre personne. En pareil cas, l'assuré reste le même ; l'objet du contrat reste identique ; le débiteur, c'est-à-dire la Compagnie d'assurances, est toujours tenue ; mais la personne du créancier, en d'autres termes le bénéficiaire de l'assurance, est changé. D'après M. Lefort, il ne faut pas voir là une simple cession de créance, mais une modification qui doit être assimilée à une novation par changement de créancier, malgré certaines particularités qui tiennent au contrat d'assurance.

La cinquième étude est réservée à la détermination de la nature du contrat qui attribue le bénéfice d'une assurance sur la vie à un tiers. Nous ne sommes pas ici en présence d'une donation entre-vifs, puisque la personne qui gratifie, autrement dit le signataire de la police, ne se dépouille pas *actuellement* au profit du bénéficiaire du contrat. Nous n'avons pas davantage affaire à une de ces donations à cause de mort, désignées sous le nom de dispositions soumises à l'événement du décès, mais bien à un de ces contrats innommés par lesquels on stipule au profit d'un tiers, et que prévoit l'art. 1121 du Code civil.

Dans ses deux dernières études, M. Lefort traite : d'une part, de la réduction héréditaire dans ses rapports avec la stipulation du bénéfice d'une assurance sur la vie contractée au profit d'un

tiers; et, d'un autre côté, de la récompense à la communauté, à raison des primes payées pour une assurance contractée par un mari au profit de sa femme. Il décide, relativement à la première question, que le montant d'une assurance sur la vie, passée au profit d'un tiers déterminé, ne saurait entrer en ligne de compte, lorsqu'il s'agit de réduction, et, en ce qui touche la seconde, il repousse, avec beaucoup de chaleur et une grande force d'argumentation, toute obligation de récompense à la charge de la femme commune bénéficiaire.

Telle est, rapidement esquissée, la monographie de M. Lefort. Ses opinions, sans doute, pourront n'être pas acceptées par tous. Toujours est-il que cette monographie vient s'ajouter, en la complétant et en l'enrichissant, à la bibliographie déjà nombreuse qui, dans ces dernières années, a été consacrée à la théorie des assurances sur la vie. Nous ne doutons pas que l'importance des questions qui s'y trouvent agitées et pour la discussion et la solution desquelles l'auteur a eu le mérite de faire une heureuse alliance entre la théorie et la pratique, ne lui vaille le succès dont il nous semble digne, et que nous voudrions avoir contribué à lui assurer, en appelant l'attention sur elle.

P. LOUIS-LUCAS.

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---

## EXAMEN DOCTRINAL

## DROIT INTERNATIONAL

(Décisions publiées en 1887),

Par M. CHAUSSE, professeur agrégé près la Faculté de droit de Montpellier.

Assignation à comparaître devant un tribunal étranger. —  
Formes. — Loi applicable.

L'assignation à comparaître devant un tribunal étranger que nous supposons compétent, doit-elle être délivrée en France dans les formes prescrites par la loi française ou dans les formes usitées dans le pays où le procès va s'instruire? Le tribunal civil de la Seine a été appelé à statuer sur cette question dans les circonstances suivantes. Un Français avait été assigné devant un tribunal anglais, il accepta cette juridiction et fut condamné. Il fut réassigné, mais cette fois en France, devant le même juge, en paiement des frais; ce tribunal était compétent pour connaître de cette seconde poursuite (Voyez *Revue critique*, année 1887, page 289). Le demandeur ne fit pas signifier l'ajournement par le ministère d'un huissier, cet acte fut simplement délivré à personne par un simple particulier, mandataire du demandeur. La loi anglaise autorise, paraît-il, ce mode de procéder. Le tribunal civil de la Seine fut saisi de la question de validité de cette assignation sur la demande en *exequatur* de la sentence anglaise; il décida que l'assignation avait été délivrée régulièrement <sup>1</sup> (Dans le même sens Toulouse, 29 janvier 1872; Sirey, 1873. 2. 18).

Cette opinion nous paraît très exacte. Il est universellement reconnu que la forme de procéder devant une juridiction est régie par la loi du tribunal saisi. On objecte, à la vérité, qu'au moment de l'ajournement, l'instance n'est pas encore liée et qu'il s'agit précisément de savoir à quelles conditions le juge pourra valablement statuer, que dès lors on est conduit à rendre forcément applicable la loi du lieu où se trouve le défendeur, conformément à la règle *locus regit actum*. Ce raisonnement est bien subtil. En somme, si le tribunal étranger est compétent, l'autorité de la

<sup>1</sup> 30 mars 1886, *Journal de droit international privé*, 1887, p. 614.

*lex fori* doit logiquement étendre son empire à tous les actes qui se rattachent au procès et notamment à l'acte introductif d'instance. Au point de vue pratique, on placerait le demandeur dans une situation défavorable, si on l'obligeait à se conformer à la loi du lieu de l'assignation. On peut supposer que dans ce pays, l'ajournement n'ait lieu qu'avec l'autorisation et sur l'ordre du juge; or, il pourrait arriver que ce juge ne voulût pas procéder à une assignation devant un juge étranger. En France, un huissier pourrait refuser son ministère au plaideur qui voudrait assigner son adversaire devant un tribunal étranger. Il y aurait là un obstacle insurmontable à l'exercice de l'action. Concluons donc que la *lex fori* a compétence pour déterminer les formes de l'assignation. Mais cette compétence est-elle exclusive? La règle *locus regit actum* doit-elle être complètement écartée? Ce point est plus délicat. Le tribunal civil de la Seine ne s'en est pas préoccupé, il se borne à décider « que la règle *locus...* n'a point pour conséquence d'imposer les formes usitées en France et l'intervention des officiers publics français pour les actes de procédure, qui au cours d'un procès suivi en Angleterre doivent être accomplis en France, et qui d'après la loi anglaise peuvent être accomplis par de simples particuliers. » Il semble résulter de ce considérant que le demandeur aurait pu observer la loi française. La Cour de Toulouse, dans l'arrêt précité du 29 janvier 1872, déclare, au contraire, la règle *locus regit actum* inapplicable aux actes de procédure. Cette formule nous semble d'abord excessive. Elle n'est pas exacte en ce qui concerne les actes extra-judiciaires; on s'accorde, en effet, à reconnaître qu'une sommation ou signification peut être faite dans les formes locales. Quant aux actes qui font partie d'une instance, nous n'apercevons aucun motif de les soustraire à l'application de la même règle. Il y aurait certainement avantage à assigner directement le défendeur à son domicile, en observant les formalités prescrites par la loi du pays où il se trouve. Un tel procédé serait-il valable, s'il s'agissait d'une assignation à comparaître devant un tribunal français, ou bien ce tribunal ne pourrait-il être saisi que par une assignation donnée dans la forme prescrite par l'art. 699 du Code de procédure civile? Il n'existe pas, que nous sachions, de décisions sur ce point.

La Cour de Toulouse dit bien que l'indépendance des Etats exige que l'autorité judiciaire d'un pays ne puisse être saisie que par les formes de procédure qui lui sont propres, mais nous ne pensons pas que la souveraineté de l'Etat sur le territoire duquel le procès se juge soit atteinte, parce que l'assignation (nous ne parlons pas de son contenu, mais de sa forme) aura été délivrée conformément aux prescriptions de la loi locale étrangère. Sans doute la *lex fori* peut, par une disposition expresse, exclure l'application de la règle *locus regit actum*. Mais, si aucun texte ne la repousse formellement, la maxime doit recevoir son application normale. Il est donc permis de penser que la forme indiquée dans l'art. 69 n° 9 n'est pas exclusive de tout autre mode de procéder, surtout si l'on remarque que la méthode que le texte indique est en elle-même très défectueuse. Mais fallût-il admettre cette doctrine rigoureuse, ce ne serait pas une raison suffisante pour ne reconnaître en France aucune valeur à un ajournement devant un tribunal étranger, qui serait délivré suivant les formes françaises, si d'ailleurs la *lex fori* reconnaissait la validité d'une telle assignation.

#### Légitimation. — Conflit de lois.

La légitimation, étant un effet du mariage, dépend du statut personnel. Si donc la loi du mari ou celle de l'enfant ne reconnaît pas cet effet, la légitimation ne pourra pas se produire. La Cour de cassation a cependant jugé le contraire par arrêt du 23 novembre 1857 (Dalloz, 1857. 1. 423) et la Cour de Rouen a adopté la même solution <sup>1</sup> (V. aussi Bourges 28 mai 1858 Sirey, 1858. 2. 532; mais *contra*: Caen 18 février 1852; Sirey, 1852. 2. 425. — Orléans 17 mai 1856; Sirey, 1856. 2, 625).

Il s'agissait dans ces différentes espèces d'un mariage célébré en France entre une Française et un Anglais fixé sur notre territoire depuis de longues années. Les arrêts ci-dessus écartent l'application de la loi anglaise par des considérations tirées de l'ordre public: nous ne pouvons accepter cette doctrine. Sans doute la légitimation a été organisée en France dans un but de mora-

<sup>1</sup> Arrêt du 5 janvier 1887, *Journal de droit international privé*, 1887, p. 177.

lité, pour faciliter la réparation d'une faute, mais la loi anglaise repousse la légitimation dans un but de moralité également, afin de ne pas encourager au désordre par la perspective d'une réparation partielle. Les deux législations peuvent différer sur cette question sans s'accuser réciproquement d'immoralité. Une telle divergence de vues entre deux pays également civilisés devrait amener nos juges à reconnaître que la loi qui repousse la légitimation ne présente pas un caractère d'immoralité flagrante, dangereuse pour l'ordre social. Or, toutes les fois qu'un intérêt public vraiment supérieur n'y met pas obstacle, il faut appliquer aux étrangers leur statut personnel. Ajoutons qu'avec le système de la jurisprudence, on aboutit à ce résultat fâcheux de scinder les effets d'un mariage considéré d'ailleurs comme valable dans les deux pays.

On pourrait essayer de justifier la solution qui prévaut, en s'attachant à un autre point de vue ; on dirait : la loi anglaise fixe le statut personnel par le domicile et non par la nationalité ; or, dans l'espèce, l'individu était domicilié en France, donc la loi française devenait compétente pour statuer sur les effets du mariage. L'enfant légitimé dans ces conditions sera considéré comme légitime même en Angleterre. Telle est bien, en effet, la doctrine anglaise (V. article de M. Westlake, *Journal du droit int. privé*, 1881, p. 317. — Cons. également Cour de chancellerie de Londres, 10 mars 1871, *Law journal reports*, 1871, p. 366. — Cour du Banc de la Reine, 13 avril 1881 ; même recueil 1881, p. 425).

Toutefois cette solution ne va pas sans difficultés. Elle suppose résolue une controverse importante qui s'énonce ainsi : La loi française doit-elle accepter le renvoi que lui fait une loi étrangère de la mission de trancher un conflit de lois, ou bien au contraire, nos juges doivent-ils résoudre la difficulté qui leur est soumise d'après les seules règles de droit international édictées par les lois françaises ? (Consulter un savant article de M. Labbé, *Journal du droit intern. privé*, 1885, p. 5 et suiv.) La jurisprudence accepte le renvoi de la loi étrangère (V. not. Cass. 5 mai 1875, *Journal du Palais*, 1875, p. 1036. — Cass. 22 février 1882, *France judiciaire*, 1882, p. 396). Il faut re-



connaître que cette doctrine présente tout au moins cet avantage pratique de ne pas conférer à un individu un état civil différent dans les deux pays dont la législation n'est pas la même touchant la détermination du statut personnel. Quoi qu'il en soit, la Cour de Rouen aurait pu justifier sa solution en s'appuyant sur cette jurisprudence. Cependant, même en acceptant un tel point de départ, sa décision aurait manqué d'exactitude, si toutefois on admet avec nos tribunaux que l'étranger non autorisé ne saurait avoir en France un domicile légal. Dans l'espèce, l'étranger n'avait son domicile en France, ni aux yeux de la loi française, puisqu'il n'était pas admis à domicile conformément à l'art. 13 du Code civil, ni aux yeux de sa loi nationale, car la jurisprudence anglaise décide « que si une personne s'établit dans un pays où il n'est pas permis d'acquérir domicile sans autorisation du gouvernement, on ne tirera en Angleterre, d'un tel domicile aucune conséquence qui n'en serait tirée dans le pays dont il est question » (Westlake, *Journal du droit international privé*, 1882, page 18).

Que faudrait-il décider si la loi anglaise admettait la possibilité pour ses nationaux d'avoir leur domicile en France sans autorisation de notre gouvernement? Voilà un conflit que l'on peut considérer comme à peu près insoluble; car, si d'une part, la souveraineté locale a le droit de déterminer à quelles conditions elle reconnaîtra l'existence d'un domicile sur son territoire et les effets qu'il produira, d'autre part, cependant, l'Etat auquel se rattache l'individu dont le domicile est en cause, a bien compétence aussi pour décider si l'établissement d'un national à l'étranger sera considéré comme un domicile et quels effets en pourront résulter. Brocher (*Cours de droit international privé*, tome I<sup>er</sup>, p. 251) incline à donner la préférence à la loi locale, par cette raison que le domicile s'appuie avant tout sur l'élément territorial. La prépondérance de cette loi nous paraît assez justifiée. La force des choses conduit à s'arrêter, au cas de pluralité de domicile comme au cas d'absence de tout domicile, à la loi de la résidence actuelle. En fait, si les tribunaux des deux pays étaient saisis de la difficulté, il est vraisemblable qu'ils appliqueraient leur propre loi sans rechercher s'il existe des motifs qui justifient

la prépondérance de la loi territoriale sur la loi personnelle ou inversement.

Une espèce tout à fait semblable à celle qui était soumise à la Cour de Rouen s'est présentée devant les tribunaux Belges. Un Anglais ayant son principal établissement en Belgique avait épousé une femme Belge. Le tribunal civil de Bruxelles, par jugement du 4 mars 1887 (*Pandectes françaises*, 5<sup>e</sup> partie, p. 55) a décidé que ce mariage avait produit la légitimation. Notre question a pu recevoir une solution toute différente, parce que la jurisprudence Belge, plus libérale que la nôtre, reconnaît à l'étranger le droit d'avoir un domicile légal en dehors de toute autorisation. Le juge, faisant abstraction des considérations d'ordre public, s'est borné à accepter le renvoi de la loi anglaise, qui fixe le statut personnel par le domicile, ce qui entraînait l'application de la législation belge.

Compétence des tribunaux français entre étrangers. — Délits.

Lorsqu'un étranger a causé à un autre étranger un dommage, à raison d'un fait prévu et puni par la loi pénale, la partie lésée peut-elle demander aux tribunaux français la réparation du préjudice? La solution ne saurait faire doute dans le sens de l'affirmative, lorsque l'action civile est exercée concurremment avec l'action publique devant les juges de répression. Il est tout naturel, en effet, que la compétence du juge du lieu où les faits se sont produits s'étende à l'action privée, aux intérêts civils qui se rattachent par voie d'accessoire au fait incriminé. Le tribunal compétent quant à l'action publique doit l'être aussi quant à l'action civile; les deux actions sont liées intimement l'une à l'autre.

Mais lorsque l'action civile est intentée séparément devant les tribunaux civils, il est permis d'hésiter. On peut soutenir que dans ce cas, la question de compétence doit se résoudre d'après les règles suivies, en général, à l'égard des procès civils; or la jurisprudence proclame, en principe, son incompétence entre étrangers.

Le défendeur pourrait donc décliner la juridiction française en alléguant que son adversaire n'avait accès devant les tribunaux français qu'à la condition de joindre son action civile à l'action publique.

La Cour de Nancy a admis l'opinion contraire par arrêt du 9 février 1886 <sup>1</sup>. La Cour s'appuie sur l'art. 3 du Code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Par ces expressions « lois de police et de sûreté » il faut entendre toutes dispositions législatives qui ont pour but la garantie et la protection des personnes et des propriétés. La compétence des tribunaux français naît de la nature du fait en lui-même. Peu importe, dès lors, la juridiction appelée à l'apprécier. Pourquoi l'étranger qui a droit de réclamer justice devant nos tribunaux en semblable matière serait-il contraint de se porter partie civile dans l'instance répressive ? Il use de son droit strict en optant entre les deux voies qui lui sont tracées par la loi. Si l'art. 3 est attributif de juridiction, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que c'est le tribunal civil ou le tribunal correctionnel qui est saisi.

Cette solution soulève une grave objection. Si la compétence des tribunaux français naît du fait en lui-même, il faut logiquement décider que le juge compétent est celui du lieu où le fait dommageable a été commis, or une pareille compétence n'est pas édictée par les textes ; on ne peut appliquer que les règles ordinaires de l'art. 59 du Code de procédure civile, mais si nous supposons que les deux plaideurs n'ont en France ni domicile ni même résidence, il est impossible de déterminer quel tribunal sera compétent ; l'art. 3 est bien attributif de compétence au profit des juridictions françaises, en général, mais en l'état de nos textes, on est forcé de reconnaître qu'aucune juridiction civile ne peut être saisie.

Le projet de loi tendant à reviser le Code de procédure civile comble cette lacune, en attribuant compétence en matière de délits et quasi-délits, au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit.

#### Divorce. — Conflit de lois.

Un Alsacien ayant quitté son pays après l'annexion vint se fixer en France et y contracta mariage. Plus tard sa femme, après avoir obtenu un jugement de séparation de corps, demanda

<sup>1</sup> Dalloz, 1887. 2. 31.

aux tribunaux français la conversion de ce jugement en jugement de divorce. Le mari souleva une exception d'incompétence basée sur son extranéité. La Cour de Lyon <sup>1</sup>, rejeta ce déclinatoire par ce motif que le défendeur avait abdiqué la qualité d'Allemand en faisant des démarches en vue d'acquérir la nationalité française. Elle aurait pu ajouter qu'aux termes de la loi allemande un séjour de dix ans à l'étranger entraîne la perte de la nationalité, sauf justification de la conservation de l'esprit de retour. La Cour avait parfaitement qualité pour appliquer la loi allemande et proclamer la déchéance du défendeur au regard de son ancienne patrie, en vue tout au moins de statuer sur l'exception d'incompétence soulevée devant elle. Il est généralement admis que l'individu sans patrie (*heimathlosen*) est justiciable des tribunaux de son domicile; l'exception d'incompétence ne pouvait donc être accueillie.

La question de compétence une fois réglée, la Cour n'avait plus qu'à déterminer la loi applicable au fond du litige. Ce point ne présentait pas de difficultés. On sait, en effet, qu'aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence constantes, le statut personnel des *heimathlosen* se détermine par la loi de leur domicile. La loi française était donc compétente pour décider si le divorce était possible et pour quelles causes il pouvait être prononcé.

Mais si l'on admet que le défendeur était resté sujet allemand, quelle loi devait régir les conditions légales de la conversion de la séparation de corps en divorce? La Cour a pensé que dès l'instant que le principe du divorce était accepté par les deux législations en conflit, la conversion n'était plus qu'une question de procédure, une forme ordinaire du procès, et que partant la loi française (*lex fori*) était seule applicable. En conséquence l'ancien art. 310 du Code civil, encore en vigueur dans les pays annexés qui réserve le droit d'agir en conversion à celui des époux contre lequel la séparation a été prononcée, ne pouvait faire obstacle au droit pour l'autre conjoint de demander la conversion, conformément à la loi française (art. 310 nouveau). Pour justifier cette opinion, la Cour observe que les causes de la séparation demeurent acquises pour la nouvelle instance, que

<sup>1</sup> 23 février 1887, *Journal de droit international privé*, 1887, p. 469.

d'autres preuves à l'appui de la demande sont inutiles, qu'en définitive le procès en conversion ne diffère d'une action directe en divorce que par sa simplicité, la loi abrège les délais et supprime toutes formalités. Volontiers la Cour dirait que le procès en conversion n'est qu'une *suite* de l'instance en séparation de corps. En conséquence la *lex fori* est seule compétente pour apprécier les conditions de la conversion; l'extranéité des plaideurs est indifférente.

Nous ne voulons pas discuter la valeur d'une semblable thèse; il nous suffira de faire remarquer, en restant sur le terrain du droit international, que si les *formes* de la conversion sont incontestablement du domaine de la *lex fori*, il en est autrement des *conditions* mêmes de l'action. En refusant à l'époux, au profit duquel la séparation a été prononcée le droit d'agir en conversion, la loi étrangère édicte une règle qui se rapporte, à n'en pas douter, tout à la fois à l'état et à la capacité de la personne.

Si l'on n'envisage pas la loi qui autorise la conversion comme une loi de procédure, quelle sera la législation applicable? La Cour s'est préoccupée de cette grave question, malheureusement sa doctrine paraît bien incertaine et il est difficile de savoir à quelle opinion elle s'est rattachée. On sait que plusieurs systèmes ont été soutenus. Les uns appliquent la loi du domicile du mari, d'autres préfèrent la loi du lieu où le mariage a été célébré. Beaucoup de jurisconsultes suivent la loi du pays où le procès se uge; enfin une opinion plus récente, et qui a toutes nos préférences, enseigne que c'est la loi nationale des conjoints qui seule a compétence pour statuer sur le point de savoir si le divorce doit être admis et pour quelles causes il peut être prononcé. On croirait vraiment que la Cour adopte à la fois ces différents systèmes. En effet, après avoir reconnu que le divorce est de statut personnel, parce qu'il opère dans la condition civile des époux des modifications qui produisent un véritable changement d'état, elle abandonne aussitôt ce point de départ et refuse de suivre la loi allemande, pour appliquer la loi française sur ce triple motif : 1<sup>o</sup> que les époux ont en France leur principal établissement (*lex domicilii*); 2<sup>o</sup> que c'est en France, et dans les

formes françaises que le mariage a été célébré (*lex loci contractus*); 3<sup>o</sup> que le divorce intéressant la morale publique et l'ordre social, doit nécessairement, au moins dans une certaine mesure(?) tomber sous le coup de la loi territoriale (*lex fori*). Et comme si toutes ces raisons d'écarter la loi allemande n'étaient pas suffisantes, la Cour se fonde enfin sur la réciprocité. En Allemagne, le juge saisi d'une instance en divorce n'applique jamais que sa propre loi; la jurisprudence française doit par réciprocité suivre la même règle. Il est impossible de dégager de ces affirmations incohérentes et contradictoires une doctrine vraiment rationnelle.

Nous avons supposé, pour les besoins de la discussion, l'existence d'un conflit entre les lois française et allemande, touchant la détermination des personnes qui peuvent former la demande en conversion. En réalité ce conflit n'existait pas. En effet, ainsi que l'a constaté la Cour de Lyon, aux termes de l'art. 3 de la loi du 27 novembre 1873 édictée pour l'Alsace-Lorraine, et de l'art. 77 § 5 de la loi du 6 février 1875 rendue générale à tout l'Empire Allemand, *chacun des époux* peut, par la voie de la procédure ordinaire, provoquer la conversion en divorce, du jugement de séparation de corps, à condition qu'il n'existe aucune réconciliation entre les époux.

Jugement répressif étranger. — Incapacités. — Effet en France.

Il est généralement admis que les incapacités et déchéances prononcées par une juridiction répressive étrangère à l'encontre d'un Français n'ont pas d'effet en France. En conséquence, le condamné pourra être juré, expert, tuteur, quoi qu'il ait été frappé par application d'une disposition de la loi étrangère analogue à celle qu'édicte l'art. 42 de notre Code pénal. Ainsi encore, une condamnation en pays étranger ne pourra en France ni entraîner l'indignité successorale, ni servir de base à une révocation de donation, ni priver le mari du droit d'autorisation maritale. La Cour de cassation a décidé en ce sens qu'un Français condamné à l'étranger peut être inscrit sur les listes électorales (14 avril 1868, Sirey, 1868. 4. 183). Le tribunal civil de Pontarlier s'est rallié à cette doctrine et a décidé qu'une condamnation en

pays étranger ne pouvait, en France, entraîner *de plano* le divorce <sup>4</sup>.

Contre cette thèse, on a cependant fait observer que les incapacités résultant de condamnations pénales produisent leurs effets de plein droit et ne supposent aucun acte matériel d'exécution ; que dès lors le principe de l'indépendance des souverainetés n'apporte aucun obstacle à l'effet extraterritorial de la sentence étrangère ; on ne demande pas, en effet, à la justice française de prêter son appui à l'accomplissement d'actes ordonnés par une souveraineté étrangère, mais seulement de reconnaître l'autorité d'un jugement qui prononce une peine analogue à celle que nos lois édictent pour les mêmes faits. Cette autorité de la sentence étrangère ne saurait être méconnue sous peine de violer l'art. 5 § 3 du Code d'instruction criminelle, puisque une pareille décision a éteint l'action publique en France et que le condamné ne peut être l'objet de nouvelles poursuites dans sa patrie. D'ailleurs, la solution contraire aboutirait à un résultat fort singulier. Si le coupable n'a pas été jugé à l'étranger, il pourra être poursuivi en France et le jugement de condamnation entraînera son incapacité ; si au contraire, il a été jugé à l'étranger, par la juridiction qui, à raison du lieu du délit, a naturellement compétence pour statuer, le condamné pourra, après avoir subi sa peine, ou s'être dérobé par la fuite à son exécution, rentrer dans son pays et y exercer tous ses droits civils et politiques. En repassant la frontière, il recouvrera sa pleine capacité, car la condamnation encourue ne pourra l'atteindre sur notre territoire, et il sera, d'autre part, à l'abri de nouvelles poursuites.

Malgré la force de cette argumentation et les inconvénients pratiques signalés, nous croyons qu'en l'état de nos textes, l'opinion généralement suivie est la plus sûre. L'incapacité qui résulte d'un jugement répressif constitue une peine, une aggravation de la situation légale du condamné. Or les peines sont essentiellement territoriales ; prononcées par un juge étranger, elles ne sauraient avoir aucune efficacité sur notre territoire. L'art. 5, § 3, du Code d'instruction criminelle ne peut être invoqué dans le débat parce qu'il n'a pas pour but de statuer sur la difficulté qui

<sup>4</sup> 1<sup>er</sup> mai 1887, *France judiciaire*, page 207.

nous occupe. Ce texte n'a d'autre objet que de mettre obstacle à de nouvelles poursuites en France, lorsque le juge du lieu du délit a statué. C'est là un effet en quelque sorte négatif. Donner à cette disposition une portée plus étendue serait méconnaître les règles universellement admises en matière d'interprétation des mesures exceptionnelles.

Lorsque le jugement émane de la juridiction du pays auquel appartient le condamné, la question est plus délicate. Un nouveau principe est en jeu, celui de la personnalité des lois sur l'état et la capacité. Si l'on assimile à la loi les jugements qui l'appliquent, on est conduit à décider que la sentence rendue par la juridiction nationale du condamné a une portée extraterritoriale ; c'est ce que la jurisprudence française reconnaît à l'égard des jugements civils étrangers statuant sur des questions d'état et de capacité. Or, il semble qu'il n'y a pas de raisons pour attribuer une moindre expansion aux jugements rendus par un tribunal de l'ordre répressif. L'une et l'autre juridiction statuent en conformité de la loi lorsqu'elles constatent ou prononcent une incapacité à l'encontre d'un national.

Ces considérations sont très puissantes, et néanmoins il est préférable de maintenir même dans cette hypothèse le principe essentiel de la territorialité des lois pénales. En matière répressive, il n'y a pas lieu de s'attacher à la nationalité du coupable. Il ne faut se préoccuper que du fait en lui-même. Ce fait a lésé la société locale, au dehors l'intérêt de l'État au sein duquel l'infraction a été commise n'existe plus, son droit de défense s'évanouit, le condamné échappe donc à toutes les conséquences de la condamnation qu'il a encourue. Sans doute, les lois sur l'état et la capacité sont extraterritoriales, mais ce principe doit céder devant le principe supérieur de la territorialité des lois pénales. Les incapacités dont le condamné est atteint par suite d'un jugement répressif ne sont que l'accessoire de la peine principale ou du jugement qui les prononce, elles ne peuvent pas plus que la peine ou le jugement, produire d'effet hors du territoire de la souveraineté dont elles émanent.

Effets de l'annexion en matière pénale.

Les jugements rendus en matière civile par les tribunaux d'une



province qui depuis à été annexée à la France continuent, malgré l'annexion, à être considérés comme des jugements étrangers. En conséquence, ils doivent, en principe, être soumis à la révision sur le fond, à moins cependant que l'exécution ne soit poursuivie sur le territoire annexé.

En matière répressive, des nécessités pratiques impérieuses ont fait admettre une dérogation importante au principe de la non rétroactivité de l'annexion. On accorde à l'Etat annexant le droit de poursuivre les infractions commises avant l'annexion et de faire exécuter, dans toute l'étendue du territoire agrandi, les peines prononcées par les anciens tribunaux. C'est pour assurer la répression que l'on déroge à la fois à la non rétroactivité de l'annexion et à la territorialité des lois pénales. Pour expliquer cette solution, on a eu recours à une fiction ; on a dit : par l'effet de l'annexion les deux souverainetés se confondent, le tribunal qui a statué, est censé, par une fiction de la loi, avoir toujours été Français ; sa décision doit donc produire tous les effets qui s'y rattachent d'après la loi française. Cette fiction nous paraît très dangereuse ; elle conduirait à des conséquences inadmissibles et doit être rejetée ; il est certain, par exemple, que la condamnation ne peut pas produire des effets qui n'étaient pas reconnus par la loi ancienne ; la situation du condamné ne peut pas être aggravée par l'effet de l'annexion. La vérité, c'est que en fait comme en droit, la sentence rendue émane vraiment d'une souveraineté étrangère ; voilà le principe ; il n'est permis de s'en écarter que tout autant que la nécessité d'assurer la répression des faits délictueux l'exige impérieusement. Lorsque le danger de l'impunité n'existe pas d'une manière absolue, il faut respecter la règle. On s'explique donc que la Cour d'Aix, par arrêt du 14 avril 1875 (Daloz, 1876. 2. 108) ait refusé de faire état, en vue de l'application des peines de la récidive, d'une condamnation prononcée par le tribunal de Nice avant l'annexion.

La Cour de cassation, par arrêt du 30 avril 1885<sup>1</sup>, a décidé que l'incapacité électorale devait atteindre un sarde condamné pour vol dans son pays avant l'annexion. Cette solution qui s'appuie sur une prétendue confusion des deux souverainetés, nous

<sup>1</sup> *Journal de droit international privé*, 1881, p. 603. 5.

inspire des doutes très sérieux. Tout au plus pourrait-on admettre pour les besoins de la répression, que les conséquences de la condamnation encourue se produiront sur le territoire de la province annexée, mais nous avons peine à croire que ses effets puissent s'étendre sur tout le territoire du pays annexant. Ce serait, sans nécessité aucune, violer la règle que les sentences pénales étrangères doivent être considérées en France comme non avenues. La Cour ajoute « que l'étranger en devenant Français, acquiert tous les droits qui dérivent de cette qualité; mais qu'il ne peut les exercer qu'autant qu'il remplit toutes les conditions auxquelles leur jouissance est subordonnée, et que, par conséquent, il n'existe aucune cause d'indignité en sa personne. » Ce motif est sans portée si l'on décide, avec nous, que la sentence émane bien d'une juridiction étrangère; le jugement ne saurait dès lors avoir aucune autorité, en dehors, tout au moins, de la province annexée. Que le condamné reste soumis à son ancienne loi, ou qu'il acquière, faute d'option, la nationalité française, les incapacités ou déchéances, d'ordre civil ou politique, qui sont l'accessoire de la peine encourue, resteront sans effet sur notre territoire. (Voyez *supra*, page 202).

Traité franco-suisse du 15 juin 1869. — Sujet d'une tierce puissance.

La Cour de Douai a jugé par arrêt du 3 juin 1885 <sup>1</sup> que la convention Franco-Suisse du 15 juin 1869, qui stipule (art. 1<sup>er</sup>) que dans les contestations entre Français et Suisses le demandeur sera tenu de suivre son action devant les juges naturels du défendeur, n'est pas opposable à un Belge, poursuivant devant les tribunaux français l'exécution d'un contrat passé en France entre lui et un Suisse domicilié en Suisse. Le contrat était commercial, il avait été accepté et exécuté en France; la juridiction française avait donc compétence pour en connaître aux termes de l'art. 420 (Code proc. civile). Cette solution nous paraît très exacte. Vainement le défendeur pour récuser la compétence des tribunaux français, soutenait que son adversaire Belge ne pouvait jouir de plus de droits que le Français lui-même. La Cour a répondu à

<sup>1</sup> *Journal de droit international privé*, 1887, p. 606.

cette argumentation que la convention du 15 juin 1869 ne peut pas plus être opposée au demandeur Belge qu'il ne pourrait lui-même l'invoquer. L'art. 1<sup>er</sup> est uniquement applicable aux contestations nées entre Français et Suisses. En présence des termes précis et rigoureux du texte, il est impossible d'étendre le bénéfice de ses dispositions dans les rapports d'un Suisse et d'un plaideur appartenant à un tiers pays. On peut ajouter que lorsque les négociateurs du traité ont voulu régir les rapports de droit entre étrangers, ils ont pris soin de s'en expliquer formellement (art. 5, 6, 7).

Il n'est pas moins fort étrange que sur le territoire français, un Belge puisse commettre au préjudice d'un Suisse, une distraction de compétence, qui serait interdite à un Français. C'est là un résultat choquant qui n'a certainement pas été aperçu lors des négociations du traité. Si l'on avait prévu la conséquence que nous signalons, les délégués des deux pays auraient pris soin de la prévenir par une rédaction toute différente de l'art. 1<sup>er</sup>. Quoiqu'il en soit, en l'état de ces lacunes de la convention, la juridiction de l'État saisi a le droit rigoureux d'appliquer sa législation intérieure, de sorte que dans notre espèce l'action peut être portée ailleurs qu'au domicile du suisse, puisque la loi française l'autorise.

La solution de la Cour de Douai serait-elle encore exacte, si le demandeur Belge avait été autorisé à fixer son domicile en France? Son adversaire aurait-il pu exciper du traité de 1869, en alléguant que le demandeur étant admis à la jouissance des droits civils en France, devait être entièrement assimilé à un Français? Nous reconnaissons volontiers que cette question est délicate. Il nous semble pourtant qu'il ressort des termes du traité, et de l'esprit qui a présidé à sa rédaction, qu'il ne faut avoir égard, pour l'application de la convention, qu'à la *nationalité* des plaideurs. Les négociateurs se sont uniquement préoccupés d'assurer dans quelques cas aux nationaux des deux pays le bénéfice de la compétence naturelle.

Algérie. — Compétence à l'égard des étrangers. — Questions d'état.

Tandis que les tribunaux de la métropole se refusent, en général, à statuer entre étrangers, les tribunaux algériens se déclarent

compétents à leur égard. Diverses ordonnances étendent formellement la juridiction des tribunaux français d'Algérie aux contestations qui s'élèvent entre étrangers. Ord. du 26 sept. 1842, art. 33 : « Les tribunaux Français connaissent *entre toutes personnes* de toutes les affaires civiles et commerciales, à l'exception de celles dans lesquelles les musulmans sont seuls parties. » Le principe est donc que les étrangers ont accès devant les tribunaux algériens au même titre que les Français. Mais cette assimilation est-elle absolue? S'étend-elle à toute sorte de contestations? Pendant longtemps la jurisprudence algérienne n'a fait aucune distinction entre les matières pécuniaires et les questions d'état, mais depuis 1874 un revirement s'est produit, et aujourd'hui, les tribunaux prennent pour règle dans les questions d'état, non seulement d'accueillir l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur, mais même de se dessaisir d'office.<sup>4</sup> L'incompétence des tribunaux algériens dans ces sortes de procès est donc de même nature que l'incompétence des tribunaux de la métropole. Ce système s'appuie sur deux ordres d'arguments, en premier lieu sur la prétendue connexité qui existerait entre le statut personnel et la juridiction chargée de l'appliquer, en second lieu sur les textes qui ont organisé la juridiction des tribunaux de l'Algérie.

Le premier argument n'offre rien de spécial en Algérie ; il nous suffira de rappeler, qu'il n'est nullement exact que les contestations relatives au statut personnel ne puissent être déférées qu'aux juridictions nationales des plaideurs. Au reste, s'il est vrai qu'il existe un lien forcé entre la compétence législative et la compétence judiciaire, pourquoi les tribunaux se déclarent-ils compétents pour trancher une question d'état intéressant des étrangers autorisés à fixer leur domicile en France, conformément à l'art. 13, et pourquoi aussi s'arrogent-ils le droit de statuer sur l'état d'étrangers quelconques, lorsque le débat est soulevé incidemment au cours d'une contestation d'ordre pécuniaire? Il y a là un défaut de logique, car si l'idée de juridiction est nécessairement corrélative de celle de nationalité, l'étranger ne peut dans tous les cas être justiciable que des tribunaux de sa patrie. Sans doute, il est désirable que les questions d'état

<sup>4</sup> C. d'Alger, 18 mai 1886, *Revue Algérienne*, 1887, p. 347.

soient déférées aux juridictions nationales, ou plus généralement qu'un procès soit jugé par les tribunaux du pays dont la législation gouverne le rapport juridique en litige. On peut craindre, en effet, que dans le pays où le lien de droit a son siège, la décision étrangère ne soit pas acceptée, ce qui pourrait entraîner une contrariété fâcheuse de jugements. Partant de là, on concevrait que le défendeur poursuivi en matière d'état, devant d'autres juges que ceux de sa patrie, fût en droit d'opposer une exception d'incompétence basée sur son extranéité. Mais ce qui est inadmissible, c'est que le tribunal puisse se dessaisir d'office, et refuse de juger alors que les plaideurs acceptent d'un commun accord sa juridiction.

Sur le terrain des textes spéciaux à l'Algérie, l'opinion qui prévaut n'est pas mieux fondée. La compétence des tribunaux algériens est générale, elle s'étend à toutes les matières, quelles qu'elles soient. Nous n'apercevons pas dans le texte des ordonnances le fondement de la distinction que l'on prétend établir entre les affaires civiles et commerciales, d'une part, et les questions d'état, d'autre part, au point de vue de la juridiction des tribunaux algériens; c'est arbitrairement que l'on restreint la portée de ces expressions larges de l'ordonnance de 1842 « toutes les affaires civiles. »

D'autres considérations militent en faveur de la thèse que nous soutenons. L'extension de la juridiction française en Algérie, à tous les procès qui s'élèvent entre étrangers, se justifie par des motifs historiques et économiques. Elle s'explique d'abord par la suppression des juridictions consulaires disparues en 1831. Il fallait bien donner des juges aux étrangers fixés dans la colonie. Or les tribunaux français qui ont remplacé ces juridictions consulaires doivent avoir la même compétence. D'autre part, en assimilant les Français et les étrangers au point de vue de la juridiction, « on s'est préoccupé du contingent considérable que les étrangers fournissent à la population de la colonie, de l'utilité de favoriser leur immigration et de leur donner sur place, dans ce but, des juges ayant compétence obligatoire pour statuer sur toutes les contestations qui pourraient s'élever entre eux. »

CHAUSSE.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES,  
QUAND LE DÉBITEUR EST USUFRUITIER DE LA CRÉANCE,

Par M. Léopold THÉZARD,

Doyen de la Faculté de droit de Poitiers, avocat à la Cour d'appel.

I. — « Les privilèges et hypothèques s'éteignent : 1<sup>o</sup> par l'extinction de l'obligation principale..... », dit l'art. 2180 du Code civil.

Cette disposition, si simple et si naturelle, a cependant donné naissance à bon nombre de solutions délicates, et dont les raisons sont parfois complexes.

La jurisprudence a eu notamment à se prononcer sur les cas où le débiteur d'une créance hypothécaire se trouve en même temps en être usufruitier (ce qui se produit surtout lorsqu'un mari débiteur des reprises de la femme est légataire ou donataire en usufruit de toutes les valeurs mobilières de celle-ci); et il a été rendu sur ce point plusieurs décisions notables.

Le dernier arrêt de la Cour de cassation en cette matière qui soit rapporté dans les recueils, et qui porte la date du 26 juin 1876 <sup>1</sup>, contient les motifs suivants sur le principe :

« Attendu que le mari, débiteur des reprises de sa femme décédée, et institué par elle légataire en usufruit de ces mêmes reprises, est tenu de restituer ces reprises aux héritiers de la femme, en même temps qu'il a le droit de réclamer l'usufruit constitué à son profit;

« Attendu que dans cette situation, lorsque les héritiers lui consentent la délivrance de cet usufruit, il se trouve libéré de son obligation, et cesse de posséder à titre de mari pour posséder à titre d'usufruitier, de la même manière que si, après avoir restitué les reprises aux héritiers de sa femme, il avait reçu d'eux l'usufruit de ces mêmes biens; que de cette interversion de titre résulte une novation qui substitue une nouvelle dette à l'ancienne, laquelle se trouve éteinte, et avec elle, l'hypothèque qui s'y trouvait attachée;

« Attendu en fait (suit l'exposé);

« Attendu qu'il suit de ces constatations et de ces déclarations que les frères Eynard ont consenti à Pelorson la délivrance de son usufruit;

<sup>1</sup> S. 77. 1. 241. — D. 77. 1. 121.

« Attendu cependant que l'arrêt, sous prétexte que Pelorson n'était pas dispensé de fournir caution pour son usufruit, a jugé que l'hypothèque légale dont il demandait la radiation ne serait radiée que lorsqu'il justifierait avoir fourni caution; qu'il a ainsi maintenu une hypothèque légale dont la cause était éteinte et transporté l'effet de cette hypothèque sur une dette qui n'était pas susceptible d'une garantie de cette nature; que par cette décision, il a violé les dispositions de loi ci-dessus visées. »

Cet arrêt, d'une entière netteté juridique, fait ressortir une *interversio*n de la créance qui ressort de la nature même des choses. Mais il indique en même temps que de cette interversion résulte une *novation*; et par cette dernière considération il se rattache à toute une série d'arrêts antérieurs, conformes à la doctrine générale des auteurs, et qui font en effet reposer les solutions diverses sur l'effet de la novation.

Parmi ces arrêts, les uns décident dans le même sens que l'arrêt cité tout à l'heure :

« Que les héritiers de la femme ne peuvent prétendre à l'hypothèque légale de cette dernière, dès l'instant que le mari leur a tenu compte de la dot, quoique d'une manière fictive seulement, en ce qu'il a conservé la jouissance comme donataire en usufruit <sup>1</sup>. »

Les autres, qui ne sont pas en contradiction avec les précédents, mais qui statuent sur des hypothèses différentes, ont jugé notamment :

« 1<sup>o</sup> Que lorsque le mari, institué légataire universel de l'usufruit des biens de sa femme prédécédée, est resté en possession des biens sans qu'aucun acte soit intervenu entre lui et les légataires de la nue-propriété, les héritiers de la femme peuvent se prévaloir de l'hypothèque légale attachée à la dot contre les créanciers du mari, aucune novation ne s'étant opérée dans ce cas <sup>2</sup> ;

<sup>1</sup> Grenoble, 28 décembre 1833, S. 34. 2. 297. — Cass., 3 décembre 1834, S. 35. 1. 51. — Paris, 15 janvier 1836, S. 36. 2. 158. — Cass., 15 novembre 1837, S. 38. 1. 124. — Paris, 9 mars 1844, S. 44. 2. 497. — Douai, 4 mai 1846, S. 2. 470; D. 46. 2. 154. — Grenoble, 4 janvier 1854, S. 54. 1. 313; D. 54. 2. 137. — Bourges, 6 mars, 1855 S. 55. 2. 353; D. 55. 2. 300. — Paris, 7 avril 1858, S. 58. 2. 521. — Limoges, 28 février 1879, S. 80. 2. 52; D. 80. 2. 126. — Sic Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, texte et note 23. — Pont, *Priv. et Hyp.*, n<sup>o</sup> 441. — Laurent, t. XXXI, n<sup>os</sup> 864 et suiv.

<sup>2</sup> M. Pont (*Privilèges et Hypothèques*, n<sup>o</sup> 441), cite en ce sens un arrêt de

« 2<sup>o</sup> Que le mari peut valablement convenir avec ses enfants que les sommes représentatives des reprises de leur mère resteront entre ses mains jusqu'à son décès au même titre qu'auparavant, et non pas seulement à titre d'usufruitier; de telle sorte que l'hypothèque légale continue à subsister pour garantie du paiement de ces sommes <sup>1</sup>.

« 3<sup>o</sup> Que la liquidation des reprises de la femme, effectuée entre le mari et les héritiers de celle-ci, n'opère novation que si telle a été l'intention des parties; que généralement cette liquidation ne peut être considérée comme ayant entraîné l'extinction de l'hypothèque légale, alors que par le même acte, le mari a autorisé les héritiers à se faire colloquer pour le montant des reprises au rang de l'hypothèque légale de la femme, sous réserve en sa faveur des intérêts du capital qui leur serait attribué <sup>2</sup>. »

II. — Les décisions de ces arrêts nous semblent généralement exactes.

Mais la raison fondamentale à laquelle ils se rattachent presque tous, celle d'une novation qui serait la cause de l'extinction, est-elle bien réellement la raison juridique et nécessaire des solutions?

Une objection se présente tout d'abord à l'esprit :

La novation, telle que la définit le Code civil, ne peut être que volontaire; il faut qu'elle soit établie par la convention des parties; bien plus, elle ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (art. 1273).

Or, il résulterait de là que la question serait toujours affaire d'appréciation pour les juges, dans le cas où il serait survenu un accord entre les intéressés, et cette appréciation présente toujours des dangers quand il s'agit de droits hypothécaires, où ne sont pas seulement engagés les intérêts des parties, mais souvent aussi les intérêts des tiers.

Il résulterait de plus de cette manière de voir que l'extinction de l'hypothèque serait inapplicable au cas où le legs d'usufruit ferait la Chambre des requêtes du 20 avril 1857, comme rapporté dans le *Droit* à sa date, mais que nous n'avons trouvé ni dans les recueils, ni au *Bulletin* de la Cour de cassation.

<sup>1</sup> Req., 27 novembre 1855, S. 56. 1. 534; D. 56. 1. 25.

<sup>2</sup> Toulouse, 14 février 1879, S. 80. 2. 51; D. 80. 2. 12.



l'objet d'une délivrance ordonnée en justice, et non d'une convention amiable ; et cependant, il est difficile de saisir la raison de différence.

L'arrêt rendu par la Cour suprême en 1876, tout en faisant cette concession à la manière de voir généralement admise, d'introduire le mot de *novation* parmi ses motifs, nous paraît cependant avoir préparé une autre base de solution, à la fois plus juste et plus large.

Par cela même que c'est un arrêt portant cassation, il semble que la Cour suprême n'ait pas entendu laisser absolument au juge du fait le pouvoir de reconnaître s'il y a ou non novation dans l'espèce : ce point est d'autant plus remarquable que l'arrêt cassé paraissait contenir des indications de fait suffisantes pour exclure l'intention de nover, et notamment celle-ci, que le mari, n'ayant pas encore fourni caution, ne pouvait pas encore être considéré comme détenant à titre d'usufruitier.

La Cour de cassation admet donc qu'il y a dans l'hypothèse, sauf exception, une sorte de *novation nécessaire*, une novation qui s'opère sans avoir besoin d'être exprimée, résultant forcément de l'interversion du titre.

Mais le mécanisme de cette *interversion*, qui forme le véritable point de la difficulté, ne peut-il s'expliquer sans y faire intervenir en quoi que ce soit la novation ?

III. — Nous croyons en effet pouvoir justifier cette *interversion*, en la fondant sur un autre mode d'extinction des obligations, savoir la *confusion*.

Et voici par suite de quelles déductions :

L'usufruitier d'une somme d'argent, par l'effet du *quasi-usufruit*, devient *propriétaire* de cette somme d'argent, sauf à devenir débiteur d'une somme égale. Par une conséquence nécessaire, l'usufruitier d'une créance exigible devient lui-même créancier de la somme due ; car il a le droit de poursuivre le recouvrement de cette somme en son nom personnel ; s'il n'avait pas ce droit, son titre même d'usufruitier serait atteint et paralysé au moment où il doit, par la nature des choses, se transformer en quasi-usufruit. Le paiement qui lui est fait libère le débiteur ; et au moment même où il reçoit l'argent, l'usufruitier ou quasi-usufruitier devient

*propriétaire* de cet argent, tout en étant constitué débiteur de pareille somme envers le nu-propriétaire. Cela est de doctrine et de jurisprudence à peu près certaines <sup>1</sup>. Or peut-on refuser le titre de *créancier* d'une obligation à celui qui réunit toutes ces conditions : 1° il peut poursuivre le recouvrement; 2° le paiement qui lui est fait est libératoire; 3° il devient propriétaire de la somme payée ?

Ce point de départ donné, les solutions en découlent naturellement.

Si par exemple, dans les biens soumis à l'usufruit, il se trouve une créance contre un tiers, et que ce tiers se trouve à son tour créancier personnel de l'usufruitier ou quasi-usufruitier, la *compensation* s'opérera, si les créances réunissent d'ailleurs les conditions requises,

De même donc, si l'usufruitier est lui-même le débiteur d'une des créances comprises dans son usufruit, il se trouve à la fois créancier et débiteur, et sa dette s'éteint par confusion *ipso facto*, en même temps qu'il est constitué débiteur à un autre titre.

Telle est l'interversion qui s'opère.

Mais à quel moment précis est-elle acquise ?

C'est au moment où le titulaire de l'usufruit se trouve pleinement saisi et investi de son titre d'usufruitier ; c'est au moment où, si le débiteur était un tiers, l'usufruitier serait en droit d'agir contre lui et d'obtenir un paiement libératoire. S'il s'agit d'un usufruit établi par legs, ce sera donc du jour de la délivrance convertie ou ordonnée par justice.

Cette interprétation du fait juridique s'applique aux solutions de tous les arrêts qui admettent l'extinction de l'hypothèque <sup>2</sup>.

Mais n'est-elle pas en contradiction avec quelques-uns des

<sup>1</sup> Nancy, 23 mars 1843, S. 44. 2. 162. — Cass. 21 janvier 1845, S. 45. 1. 129; D. 45. 1. 104. — Besançon, 8 février 1875, S. 77. 2. 36. — Demolombe, t. X, n° 323. — Aubry et Rau, t. II, § 230. — Laurent, t. VI, n° 413. — *Contrà* : Bordeaux, 9 avril 1845, S. 46. 2. 531; D. 46. 2. 193 (solution restreinte au cas où l'usufruitier ne serait pas soumis à donner caution). — Demante, t. II, n° 463 *bis*. — Labbé, dans Sirey, 69. 2. 9. — Pothier, *Du contrat de constitution de rente*, nos 186-187.

<sup>2</sup> La base de notre raisonnement se trouve, d'une façon implicite, mais très nette, dans l'arrêt de la Cour de Paris du 7 avril 1853, déjà cité S. 58. 2. 521.

autres, notamment avec l'arrêt de cassation de 1855, avec l'arrêt de Toulouse de 1879, qui déclarent valable un accord conclu en vue de conserver l'hypothèque?

Ces arrêts, quant à leur solution sinon quant à leurs motifs, sont parfaitement conciliables avec la doctrine que nous avons exposée.

Le donataire de biens à venir, comme le légataire, est entièrement libre de renoncer à la libéralité qui lui a été faite; il peut, tant qu'il n'a pas accepté, conclure tel arrangement que bon lui semble avec les héritiers. Si dans cet arrangement on peut voir, par interprétation des termes, une renonciation à la libéralité à laquelle on substitue par exemple l'établissement d'un terme qui lui procure le même bénéfice, cette combinaison n'offre en soi rien d'illicite ni même d'irrégulier.

Ainsi pouvaient s'interpréter les espèces sur lesquelles il a été statué dans les arrêts indiqués.

La seule critique théorique qu'on puisse adresser à ces arrêts et aux autres qui en ont suivi la doctrine (et nous la formulons avec toute la réserve commandée quand on produit une interprétation nouvelle), c'est de fonder toute la théorie sur une novation. Ce serait là une novation *particulière*, sont obligés de dire MM. Aubry et Rau (*loco cit.*), et bien particulière en effet: car les conditions de l'art. 1273 y seraient renversées; ce serait une novation qui se présumerait, mais qui pourrait être exclue par une renonciation expresse.

En réalité, à notre avis, il n'y a point là de novation, mais vraiment une interversion du titre de la créance, qui s'explique par le jeu spécial des principes du quasi-usufruit et de la confusion, et qui ne peut être évitée que si l'usufruitier consent volontairement une renonciation expresse ou tacite à son droit.

IV. — Il nous semble intéressant de signaler deux applications remarquables de cette manière de voir, établies dans deux jugements du tribunal civil de Poitiers, rendus sur notre plaidoirie. Dans l'une et l'autre espèce, l'extinction de l'hypothèque a été admise, en même temps que toute idée de novation semblait exclue par les circonstances.

La première se rapporte à une extinction du privilège du co-

partageant, la seconde à une extinction de l'hypothèque légale de la femme mariée.

V. — *Première espèce* <sup>1</sup>. — Une femme mariée sous le régime de la communauté avait été instituée par son mari légataire en usufruit de tous les biens qu'il laisserait à son décès. Le mari étant prédécédé, la femme accepta la communauté, obtint des héritiers la délivrance de son legs, et il fut procédé à une liquidation où furent réglés les droits des parties. L'unique immeuble qui dépendait de la communauté ayant été reconnu impartageable, la licitation en fut ordonnée, avec cette clause insérée au cahier des charges que le prix serait immédiatement exigible; et ce fut a veuve qui s'en rendit adjudicataire.

Les héritiers du mari firent alors inscrire contre elle le privilège du copartageant, pour garantir le paiement de leur part dans le prix de licitation, qu'ils reconnaissaient d'ailleurs n'être exigible qu'au décès de la femme, en vertu du legs d'usufruit fait par le mari.

La femme demanda la mainlevée de cette inscription, et fit valoir les raisons suivantes :

« En qualité d'usufruitière de tous les biens de mon mari, et de quasi-usufruitière par conséquent pour toutes les sommes d'argent, c'est moi seule qui ai actuellement le droit absolu de poursuivre et de percevoir le paiement de toutes les sommes exigibles dues à lui ou à sa succession, sauf à en rendre compte plus tard aux héritiers en ma qualité d'usufruitière. Tous les paiements qui me seront faits le seront valablement; ils libéreront les débiteurs, et produiront à l'instant même l'extinction des privilèges ou hypothèques qui peuvent garantir les créances; et si par exemple c'était un tiers qui se fût rendu adjudicataire, le paiement fait par lui entre mes mains éteindrait le privilège du vendeur, et si c'était un des copartageants, il en serait de même du privilège des autres.

« Cela étant, si je suis moi-même débitrice d'une dette exigible, j'ai de même le droit de la payer à celui qui a le droit de l'exiger, et par là d'éteindre tous les accessoires de la créance

<sup>1</sup> Trib. civ. de Poitiers, 4 mars 1885, aff. V<sup>te</sup> Degennes c. héritiers Degennes.

avec la créance elle-même. Or, à qui ferai-je ce paiement? A moi-même qui ai le droit de l'exiger.

« Est-il nécessaire, pour consommer l'extinction, que je fasse le simulacre de tirer l'argent d'une de mes poches pour le remettre dans l'autre? La loi y a suppléé en établissant la *confusion*. Dès l'instant où le *créancier*, — celui qui a le droit de toucher la créance, pourvu qu'il ait le droit de la toucher pour lui-même et de devenir propriétaire des deniers encaissés, — et le *débiteur* qui doit la payer, sont une seule et même personne, la confusion s'opère, la dette est éteinte de plein droit.

« Il y a donc confusion non seulement pour la portion du prix que représente ma part indivise dans l'immeuble, mais aussi pour les autres portions auxquelles j'ai droit comme usufruitière, et le privilège du copartageant se trouve éteint.

« Je reste, il est vrai, débitrice comme quasi-usufruitière, mais comme je serais débitrice du chef de toute autre créance que j'aurais touchée d'un tiers; les garanties attachées à cette créance contre un tiers seraient éteintes du jour où le remboursement aurait été fait entre mes mains; il en doit être de même de la créance contre moi-même que j'ai fictivement touchée en la confondant en ma personne. »

Ce raisonnement prévalut, et la mainlevée fut ordonnée.

Il aurait pu s'élever à ce sujet une question subsidiaire : la dispense de caution accordée à l'usufruitier par le titre ne peut-elle pas être modifiée ou déclarée sans effet lorsque l'état des choses a changé, notamment lorsque l'usufruit portant sur des immeubles, ces immeubles ont été vendus? C'est là une question soumise à l'appréciation des juges, et qui a donné lieu à des décisions diverses (V. ces décisions analysées dans les Codes annotés de Sirey et de Dalloz sous l'art. 601). Mais dans tous les cas, c'est une question toute différente; et, comme l'a très justement dit la Cour de cassation dans son arrêt de 1876, il est impossible de transporter l'effet d'une hypothèque (ou d'un privilège) sur une dette qui n'est pas susceptible d'une garantie de cette nature.

Ce qu'il y a de particulièrement remarquable dans l'espèce que nous venons d'étudier, et ce qui paraît y entraîner l'exclusion de

toute idée de novation, c'est que le privilège se trouve mort-né, et ne peut être inscrit à aucun moment. A l'instant même où le copropriétaire usufruitier devient débiteur du prix de licitation, la confusion fait qu'il n'est débiteur qu'à titre d'usufruitier, et uniquement avec les termes et garanties inhérents à ce titre. S'il y avait là novation, ce serait donc une novation par anticipation, et pour une dette qui n'est pas encore née.

VI. — *Seconde espèce* <sup>1</sup>. — Un mari avait été institué par sa femme *donataire entre-vifs* de l'usufruit de tous les biens qu'elle laisserait à son décès. Peu après, la femme mourut la première (dans l'espèce elle laissait pour héritiers des ascendants qui avaient, il est vrai, une réserve, mais ne portant pas sur l'usufruit, aux termes de l'art. 1094, et la question ne présentait, par suite, aucune complication de ce chef).

Aussitôt après le décès, les parents de la femme font inscrire son hypothèque légale pour garantie de ses reprises.

Le mari forme une demande de mainlevée de cette inscription.

Si au lieu d'une donation, il se fût agi d'un legs, on se fût trouvé en présence d'une question déjà à peu près résolue par la jurisprudence antérieure :

Ou bien il n'y aurait pas eu délivrance du legs, et alors le mari n'étant pas en possession de son usufruit, et, par suite, du droit de toucher les créances, n'aurait pu demander la mainlevée; il lui aurait fallu obtenir préalablement la délivrance;

Ou bien, il y aurait eu délivrance consentie ou prononcée, et alors on aurait pu y voir la novation dont parle la jurisprudence et qui substitue la dette du quasi-usufruitier à celle du mari en tant que mari.

Mais il est de doctrine et de jurisprudence que la donation *entre-vifs* faite par l'un des époux à l'autre, même quand elle porte sur des biens à venir, ne donne pas lieu à l'action en délivrance, et que l'époux donataire est saisi des biens donnés par le décès du donateur <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Trib. civ. de Poitiers, 31 mars 1887, aff. Gauthier c. Moreau.

<sup>2</sup> Paris, 29 août 1834, S. 34. 2. 643. — Cass. 5 avril 1836, S. 37. 1. 35. — Dalloz, v<sup>o</sup> *Disposition entre-vifs*, n<sup>os</sup> 2398-2400. — Troplong, *Donations*,

Là était le côté nouveau de la question.

Le mari disait à l'appui de sa demande :

« Du jour du décès de ma femme et par l'effet de la donation, je me suis trouvé créancier de toutes les créances exigibles dont elle était investie, sauf à devoir compte des encaissements comme quasi-usufruitier. J'ai donc au même moment touché fictivement, par l'effet de la confusion, celles de ces créances dont j'étais moi-même débiteur, et je n'en dois plus compte que comme usufruitier. En conséquence, l'hypothèque légale n'a plus de raison d'être. S'il s'agissait d'un tiers qui eût été débiteur, j'avais qualité pour recevoir de lui paiement et lui donner une mainlevée qui aurait fait disparaître l'hypothèque à l'égard des héritiers comme à mon égard. La confusion produit le même effet à mon profit, sans que j'aie besoin de me donner à moi-même une mainlevée de pure cérémonie. »

A ce raisonnement on opposait diverses raisons tirées des termes des arrêts ; on objectait notamment :

Que l'extinction de l'hypothèque ne pouvait résulter que d'une novation effectivement opérée entre les parties à l'effet d'intervertir le titre de l'obligation ; que pour produire l'extinction de l'hypothèque, il fallait que le mari eût tenu compte des reprises aux héritiers de la femme, au moins d'une manière fictive, et conservât ensuite la jouissance comme usufruitier ; qu'il n'en pouvait être ainsi en l'absence de toute liquidation et même de toute détermination des reprises.

On invoquait encore l'argument d'équité condamné par la Cour de cassation en 1876, et l'intérêt qu'il y avait à maintenir l'hypothèque tant qu'on n'aurait pas organisé les sûretés à fournir par l'usufruitier. On concluait en somme que l'hypothèque légale devait subsister jusqu'au jour où, par un règlement nouveau, le mari serait formellement constitué quasi-usufruitier et débiteur à ce titre, avec l'obligation de fournir les garanties qui y sont attachées.

Le tribunal trouva dans les éléments de la cause une circonstance de fait qui lui permit d'écarter ces objections : les héritiers

n° 2660. — Demolombe, *Donations*, t. VI, n° 461. — Aubry et Rau, *Droit civil*, t. VIII, § 744, p. 109.

de la femme avaient accepté la remise de certains effets personnels qui lui avaient appartenu, ce qui impliquait un règlement amiable entre les parties.

Mais n'en eût-il pas été ainsi que les objections étaient loin d'être décisives.

Dans l'espèce, le mari était constitué usufruitier par le décès même de la femme. Le moment où il est en possession de son droit se détermine en effet par la délivrance s'il est légataire, par le décès s'il est donataire; le retard même de donner caution ne le prive pas de la possession de son droit (art. 604). L'instant à considérer est celui où l'*usufruit est ouvert*.

La confusion, d'autre part, n'exige pas que les créances soient liquides : elle opère *ipso facto* dès que les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies sur la même tête.

Enfin, si on se place au point de vue pratique, il est certain que l'hypothèque, à la supposer maintenue, ne produirait à aucun moment un effet utile; elle serait par la force des choses destinée à s'évanouir au moment même où il serait possible d'en réclamer le bénéfice.

Qu'on la suppose en effet maintenue jusqu'au moment où le droit du mari comme quasi-usufruitier sera liquidé : jusque-là, elle ne pourra être mise en action; car il faudrait précisément que la dette fût certaine et liquide (art. 2113). Quand la liquidité se produira, il faudra aussi faire la novation qui produira l'extinction.

Dira-t-on, comme argument suprême, que pendant cette période de non liquidité, la créance hypothécaire pourrait être cédée, et que la liquidation ne pourra rétroagir au préjudice de cette remise?

Ce serait encore une erreur. Car du jour où le droit deviendrait liquide, et en admettant que le mari devint alors seulement quasi-usufruitier, il aurait aussitôt le droit de se payer cette créance en cette qualité et de se donner mainlevée à lui-même sans que le nu-propriétaire pût y faire opposition.

On n'aurait donc reculé que pour aboutir au même résultat, et il faut en revenir à ce point qu'à aucun moment l'hypothèque ne peut produire un effet utile : or, il n'y a point de droit à l'état de chimère.



VII. — Nous entrevoyons cependant un moyen pour les héritiers de la femme de sauvegarder leurs intérêts pour le cas où le mari ne fournirait pas la caution à laquelle il est assujéti.

Ce serait de former une action en résolution du droit d'usufruit lui-même, pour inexécution de l'obligation de fournir caution.

Sans doute, en règle générale, l'impossibilité où est le donataire de fournir caution ne peut emporter résolution de la donation (Besançon, 12 février 1873, S. 73. 2. 196; D. 73. 2. 122). Mais c'est parce que la caution peut être remplacée par des mesures équivalentes, et la loi elle-même les indique dans l'art. 602 du Code civil.

Or, ces mesures sont inapplicables au cas où les valeurs soumises à l'usufruit sont des créances contre l'usufruitier lui-même, et il faut revenir au droit commun des donations et des obligations (art. 954, 1046, 1184).

Si la résolution est poursuivie, le droit d'usufruit sera effacé rétroactivement, ainsi que la confusion qui en est résultée, et l'hypothèque légale reprendra son effet plein et entier.

En formant leur action en révocation ou résolution, les héritiers pourront donc être autorisés à conserver leur inscription hypothécaire à titre conservatoire (art. 1180).

VIII. — Terminons par une observation qui fera d'autant mieux ressortir le caractère délicat et complexe de ce genre de questions.

Nous ne nous dissimulons pas que les conséquences auxquelles peut conduire notre théorie sont de nature à fournir un puissant argument contre la solution même qui nous a servi de point de départ, savoir que l'usufruitier a le droit absolu de recevoir les créances dont il a l'usufruit et d'en donner quittance sans l'intervention du nu-propiétaire, ce qui revient à l'en déclarer lui-même créancier.

Dans les cas qui nous occupent, ce droit reconnu à l'usufruitier est sans contredit de nature à compromettre le droit définitif du nu-propiétaire.

Mais la loi offre-t-elle vraiment un moyen d'empêcher l'usufruitier de toucher les créances comprises dans son usufruit, sans altérer l'essence même de son droit?

LÉOPOLD THÉZARD.

DE LA SITUATION DU LÉGATAIRE UNIVERSEL DANS LE  
DROIT MODERNE ET DANS L'ANCIEN DROIT A L'ÉGARD  
DES DETTES DE LA SUCCESSION,

Par M. Marcel MONEIN, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

De vifs débats s'élèvent sur l'interprétation du Code civil lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure le légataire universel est tenu du passif héréditaire, lorsqu'on se demande s'il doit recourir au bénéfice d'inventaire pour n'être tenu que *intra vires* : je ne me propose pas d'étudier ici la question d'une façon complète, de reprendre un à un des arguments qui sont dans toutes les mémoires, mais je voudrais préciser certains points historiques qui me paraissent avoir dans le débat une importance capitale, et qui, cependant, ont été à peine signalés ou n'ont été indiqués que d'une façon inexacte.

I.

On sait que la jurisprudence moderne a été fixée par l'arrêt de cassation du 13 août 1851, imposant au légataire universel une obligation aussi rigoureuse qu'à l'héritier légitime, sans distinguer entre le légataire saisi et celui qui vient en concours avec des héritiers à réserve. Ce système est celui qui paraît appliquer avec le plus de logique les principes relatifs à la transmission des patrimoines. Rationnellement, pour imposer à un successeur universel l'obligation indéfinie de payer les dettes héréditaires, il n'est pas nécessaire d'invoquer une fiction juridique, de supposer que sa personne se confond avec celle du défunt ; les principes relatifs au patrimoine sont suffisants. Un patrimoine est une masse comprenant à la fois un passif et un actif, et les dettes qui sont à sa charge obligent le propriétaire indéfiniment, elles persistent alors même que l'actif est épuisé, sauf dans certains cas exceptionnels, fixés limitativement par la loi. Lorsqu'une personne recueille la masse elle-même ou une partie aliquote de la masse, elle se trouve par ce seul fait grevée des dettes qui y sont comprises, et ces dettes doivent peser sur elle aussi lourdement que sur le précédent propriétaire, il n'y a pas de motifs pour que la transmission modifie leur caractère ; si elles obligent indéfiniment le propriétaire de la masse, peu importe que ce propriétaire

viennent à changer, leur qualité persiste. Pour que le nouveau propriétaire ne soit pas tenu sur ses propres biens, il faut empêcher la confusion des patrimoines, il faut créer une fiction en vertu de laquelle les deux patrimoines, quoique réunis sur sa tête, resteront cependant séparés, comme s'ils appartenait à deux personnes distinctes, comme si l'ancien débiteur restait debout pour répondre aux poursuites de ses créanciers. Mais une pareille fiction ne peut être introduite que sous les conditions déterminées par la loi, c'est-à-dire que le successeur doit recourir au bénéfice d'inventaire, se soumettre aux formalités et aux obligations qu'il entraîne : la confection d'un inventaire, sans déclaration au greffe, ne suffirait pas à elle seule pour limiter ses obligations au montant de l'actif constaté ; l'inobservation des art. 803 et suivants pourrait entraîner déchéance du bénéfice. Ainsi, c'est pour limiter l'obligation du successeur, et non pour l'établir, qu'une fiction juridique est nécessaire.

Le système de la jurisprudence est encore parfaitement logique à un autre point de vue, il supprime un reproche d'inconséquence que l'on pourrait adresser à la loi. Le législateur a réglé les conditions et les effets du bénéfice d'inventaire de la manière qui lui a paru la plus propre à sauvegarder les intérêts en présence : sans doute il n'a pas voulu imposer à l'héritier bénéficiaire des obligations inutiles, il n'a exigé que ce qu'il a jugé nécessaire pour assurer une bonne liquidation de la succession. Mais alors pourquoi dispenser le légataire universel d'une partie de ces obligations, pourquoi lui donner une liberté d'action qui n'appartient pas à l'héritier, pourquoi abandonner les garanties essentielles d'une bonne liquidation ? N'y aurait-il pas dans ces différences un vice évident de législation ?

La jurisprudence, cependant, est encore combattue par la majorité des auteurs : on décide que le légataire, lorsqu'il n'a pas la saisine, n'est tenu que dans la limite de son émolument ; il ne succède que d'une façon incomplète parce que ce n'est pas lui qui continue la personne du défunt : l'héritier réservataire, seul continuateur de la personne, est seul grevé d'une obligation indéfinie. Un parti considérable applique la même solution au légataire jouissant de la saisine : dans aucun

cas le légataire ne saurait être assimilé à l'héritier, il n'est que simple successeur aux biens; s'il supporte les dettes, c'est par application de la règle *bona non sunt nisi deducto ære alieno*; une fois l'actif héréditaire épuisé, son obligation n'a plus de base.

Cette doctrine entraîne au point de vue du droit de poursuite certaines conséquences remarquables, elle crée une situation juridique assurément bizarre. Soit un légataire universel en concours avec un enfant : quels seront les droits de poursuite des créanciers héréditaires? Ils pourront agir d'abord pour moitié contre le légataire, sauf à être repoussés après épuisement de l'actif; ils pourront en outre poursuivre l'enfant pour la totalité, et cela même lorsque le legs aura été délivré : après comme avant la délivrance, l'héritier du sang continue seul la personne du défunt, et à ce titre il répond de la totalité du passif. De là une solidarité difficile à justifier : comment comprendre qu'une portion des dettes passe dans le patrimoine du légataire, oblige celui-ci personnellement, et qu'elle reste en même temps dans le patrimoine de l'héritier? De là encore un résultat injuste; si l'actif héréditaire est insuffisant, l'héritier poursuivi pour le tout n'aura de recours contre le légataire que *intra vires*, et sa part de passif sera ainsi plus grande que sa part d'actif. — Une conséquence moins rationnelle encore résulte du système qui repousse toute distinction entre le légataire de l'art. 1006 et celui qui n'a pas la saisine. Supposons le légataire universel en présence d'un héritier non réservataire : l'héritier est le seul représentant du défunt, et comme tel grevé de toutes les dettes; mais en même temps, comme il n'est pas saisi, il a le droit de repousser les poursuites des créanciers; faute de saisine, il reste étranger à l'exercice des actions héréditaires, aussi bien au point de vue passif qu'au point de vue actif. On se trouve ainsi en présence d'une personne qui est tenue d'une véritable obligation civile, aussi valable, aussi énergique que toute autre, et qui cependant ne peut pas être poursuivie par ses créanciers!

Quels motifs ont amené la doctrine à accepter une théorie d'apparence si peu harmonieuse? Le motif principal est tiré d'une comparaison entre les anciennes traditions, les travaux prépara-

toires et les textes; c'est l'argument historique qui a pris dans le débat la première place.

Le droit ancien, dit-on, ne reconnaissait que deux classes de successeurs universels : les héritiers, continuateurs de la personne, profitant de la saisine, tenus d'une obligation indéfinie; les successeurs aux biens, non saisis, et tenus seulement *intra vires*. La distinction est aussi nette en pays de droit écrit qu'en pays de coutumes: la seule différence qui apparaisse entre les deux législations, c'est qu'en droit écrit le défunt peut instituer un héritier par testament; dans aucun cas, le simple légataire n'est tenu au-delà de son émolument<sup>1</sup>. En présence de cette tradition, lorsque les rédacteurs du Code voulurent déterminer les pouvoirs du testateur, ils n'eurent à faire choix qu'entre deux principes : ou bien accepter l'institution d'un héritier testamentaire, telle qu'elle fonctionnait en droit écrit, ou bien adopter la règle coutumière qui ne reconnaît que des légataires, qui n'attribue qu'aux héritiers du sang la qualité de continuateurs de la personne. Or leur choix est indiqué bien nettement par les travaux préparatoires; le Tribunat, dans ses observations sur l'art. 1002, exprime que « tous les effets particulièrement attachés par les lois romaines au titre d'héritier sont entièrement détruits<sup>2</sup> »; donc le légataire actuel n'a plus ni les prérogatives, ni les charges de l'ancien héritier testamentaire. Le choix apparaît encore clairement dans la rédaction de l'art. 1002; désormais toutes les dispositions testamentaires vont produire le même effet, et quel sera cet effet? Celui des legs; toutes les dispositions, quel qu'on soit le nom, seront considérées comme des legs. N'est-ce pas la preuve bien frappante que les rédacteurs ont adopté la théorie coutumière? S'ils avaient voulu modifier les effets du legs, déroger à la tradition universelle qui considérait le légataire en tous pays comme un simple successeur aux biens, n'auraient-ils pas exprimé ce grand changement dans une disposition formelle!

C'est cet argument historique que je me propose d'examiner;

<sup>1</sup> Berryat-St.-Prix, *Revue critique*, 1852, p. 167, 474. — Moulon, *Répétitions éorites*, t. II, n° 824.

<sup>2</sup> Loqué, t. XI, p. 324, n° 52.

il a été reproduit avec une confiance entière par les adversaires de la jurisprudence, et accepté beaucoup trop facilement par ses partisans eux-mêmes; à peine M. Nicias-Gaillard émet-il quelques doutes, en invoquant un passage de Dantoine, suivant lequel tout successeur universel devrait être réputé héritier<sup>1</sup>. J'espère cependant pouvoir établir que la théorie ancienne n'a pas été bien exactement présentée, que la distinction entre les différents successeurs universels était beaucoup moins tranchée qu'on ne le prétend, et que notamment dans les pays de droit écrit le légataire universel était tenu des dettes exactement comme l'héritier; la jurisprudence moderne, en imposant au légataire universel l'obligation indéfinie; ne ferait donc que suivre une tradition bien établie en droit écrit.

## II.

Quelques observations doivent être faites d'abord sur la formule des principes coutumiers; quoiqu'elles soient bien connues, il est utile d'insister à nouveau. Les auteurs modernes ne présentent pas dans un langage tout à fait exact la théorie ancienne lorsqu'ils expriment que le droit coutumier distinguait deux espèces de successeurs universels, les uns représentant le défunt et tenus personnellement, les autres succédant aux biens et tenus *ob rem*. Nos anciens auteurs reconnaissent à diverses reprises que, si l'on veut employer un langage parfaitement juridique, on ne doit donner la qualité de successeurs universels qu'aux héritiers, parce que ce sont les seuls qui recueillent la masse du patrimoine. Les légataires dits universels ne sont au fond que des successeurs particuliers; ils sont appelés à recueillir non pas la masse elle-même, mais seulement l'actif net, c'est-à-dire des biens compris dans la masse; en réalité ils ne succèdent pas au passif; s'ils supportent les dettes, c'est seulement parce qu'elles doivent être déduites pour déterminer l'actif net. En droit strict les créanciers n'auraient pas d'action directe contre le légataire universel, parce qu'ils ne peuvent pas poursuivre les successeurs particuliers; l'héritier seul, après avoir payé les dettes afférentes à la part du légataire, peut agir contre lui pour lui demander sa

<sup>1</sup> Ricias Gaillard, *Revue critique*, 1852, p. 362, note 1.

part contributive. En fait on refusa longtemps aux créanciers le droit d'action; si on finit par l'admettre, ce fut pour donner satisfaction aux besoins de la pratique, pour éviter les circuits d'action et hâter la délivrance du legs; pour lui donner une apparence juridique, on supposa que l'héritier cédait d'avance aux créanciers son action en recours. Ainsi ce que l'on refuse au légataire, ce n'est pas seulement la qualité de représentant du défunt, c'est le titre même de successeur universel, on ne le soumet au droit de poursuite que par dérogation aux principes. Ces idées se dégagent de l'exposé historique fait par Ricard, elles sont formulées surtout d'une manière très nette par Lebrun, dans son traité des successions<sup>4</sup>. Après avoir rappelé que, suivant Dumoulin, le légataire universel n'est qu'un successeur particulier, l'auteur ajoute : « Il faut convenir que c'étaient là les plus pures maximes, et qu'il n'y a que le *nom d'héritier* qui fasse le *successeur universel*... Quoiqu'il en soit, nous avons établi que quiconque succède par quotité, soit à titre d'héritier, c'est-à-dire à titre universel, soit à titre de légataire, c'est-à-dire à titre singulier, est tenu des dettes. » C'est donc bien le titre de successeur universel qu'on dénie au légataire en droit coutumier; s'il n'est pas tenu d'une obligation personnelle et indéfinie, c'est qu'il est un simple successeur particulier, ne recueillant dans le patrimoine que l'actif.

Par cette formule, l'argument tiré des principes coutumiers ne se trouve-t-il pas singulièrement affaibli? Pourrait-on soutenir maintenant encore, en présence des art. 1003, 1009, 1012, que le légataire universel ne constitue dans notre droit qu'un successeur particulier? Qui oserait dire, comme Lebrun pouvait le faire autrefois, que d'après les principes le légataire ne recueille pas la masse même du patrimoine, qu'il n'est pas tenu directement envers le créancier, qu'il ne peut être poursuivi que par une voie oblique, par l'exercice anticipé du recours de l'héritier? Cette formule montre encore que le droit coutumier ne commettait pas l'inconséquence que nous avons reprochée tout-à-l'heure aux doctrines modernes. La théorie relative au droit de pour-

<sup>4</sup> Ricard, *Donations*, 3<sup>e</sup> partie, nos 1505 et suivants. — Lebrun, *Successions*, liv. IV, ch. II, sect. 1<sup>re</sup>, nos 3 et suivants.

suite était parfaitement logique : si l'héritier peut être poursuivi pour le tout, c'est qu'il est seul successeur universel, c'est que le patrimoine ne se divise pas. Dans le droit moderne, où l'on est bien forcé d'admettre que le patrimoine se divise, que l'héritier ne succède qu'à une fraction, la poursuite totale exercée contre lui reste sans base juridique.

Un autre point encore mérite l'attention. On a affirmé trop hardiment qu'en droit coutumier l'héritier *ab intestat* est seul tenu des dettes *ultra vires*, que la volonté du défunt est impuissante à créer un héritier véritable. Une doctrine généralement admise soutient au contraire que l'héritier désigné par une institution contractuelle se trouve sous ce rapport dans la même situation que l'héritier de la loi; Lebrun, discutant la question avec étendue, la tranche en ce sens, et Pothier donne la même solution sans même indiquer que les doutes s'élèvent<sup>1</sup>. Les termes qu'emploie Pothier sont à signaler; l'institué, dit-il, « succède, de même que tout autre héritier en tous les droits actifs et passifs du défunt, et par conséquent il est tenu des dettes de la succession, même *ultra vires*, s'il n'a pas eu recours au bénéfice d'inventaire. » D'après ce passage, c'est la qualité de successeur universel qui entraîne l'obligation indéfinie; Pothier n'invoque aucune fiction juridique, aucune idée de représentation de la personne; l'héritier contractuel recueille la masse même, cela suffit pour qu'il soit tenu comme l'était le défunt.

Il résulte bien de ces remarques que la doctrine coutumière n'a pas été reproduite en général avec une exactitude rigoureuse; l'idée véritable qui l'inspire, c'est que tout successeur vraiment universel est tenu *ultra vires*, et on ne refuse pas complètement à la volonté de l'homme le droit de créer un semblable successeur. Si donc, dans le droit moderne, le légataire doit être considéré comme un successeur universel, il faut, pour rester fidèle à la tradition coutumière, lui imposer l'obligation indéfinie.

### III.

C'est la jurisprudence des pays de droit écrit qui doit attirer

<sup>1</sup> Lebrun, *Successions*, liv. III, ch. II, n<sup>o</sup> 41 et suiv. — Pothier, introduction au titre 17 de la cout. d'Orléans, n<sup>o</sup> 23.



particulièrement notre attention; on en donne une idée tout à fait inexacte en disant que le légataire universel n'est tenu des dettes que dans la limite de son émoulement, il importe de fournir sur ce point des explications un peu détaillées.

Rappelons d'abord les principes romains, car la théorie ancienne n'a fait que déduire les conséquences qui dérivent logiquement de la législation de Justinien. En dehors de l'institution d'héritier, le testateur romain put de bonne heure faire deux sortes de dispositions portant sur une quote-part de ses biens, le legs partiaire et le fidéicommiss d'hérédité. Le legs partiaire apparaît lorsque le testateur a attribué à une personne, en employant la formule du legs, une part de ses biens, ou une part de son hérédité : les deux expressions, *pars bonorum*, *pars hereditatis*, sont citées par les textes, elles n'entraînent de différences que sur la manière de liquider la succession <sup>1</sup>. Il ne constitue qu'une acquisition à titre particulier, le patrimoine reste tout entier sur la tête de l'héritier, qui est seul investi des actions héréditaires, le légataire n'a droit qu'à l'actif net; pour protéger les parties contre les conséquences de cette situation, on recourt aux stipulations *partis et pro parte*, contenant des engagements d'indemnités réciproques.

Le fidéicommiss d'hérédité présente une très-grande ressemblance extérieure avec le legs partiaire; comme le legs, il attribue à une personne les biens considérés en masse ou l'hérédité; les formules diffèrent seulement, à l'époque classique, en ce que le fidéicommiss est fait sous la forme d'une prière adressée à l'héritier. Aussi est-il soumis dans le principe à des règles analogues, le fidéicommissaire, ne recueille pas le patrimoine, les créances et les dettes ne passent pas sur sa personne. Cette situation est bientôt modifiée par le sénatus-consulte Trébellien, qui décide que les actions reposeront directement sur le fidéicommissaire, une fois la délivrance opérée, et que les poursuites dirigées par l'héritier ou contre lui à raison des créances et des dettes successorales seront paralysées par l'exception *restitutæ hereditatis*. Le fidéicommissaire devient ainsi un véritable successeur universel, on dit que, s'il n'est pas héritier, il est du moins *loco heredis*. Les textes ne limitent pas le montant des obli-

<sup>1</sup> 8, § 5. — 9, Dig., 31, *De legatis*, 2°.

gations qui pèsent sur lui à raison de cette situation nouvelle, ils ne disent nulle part qu'il sera tenu seulement *intra vires*, à titre de détenteur des biens; on exprime au contraire qu'il est tenu *in solidum*, et qu'il ne jouit pas du bénéfice de compétence, parce qu'il est en quelque sorte un héritier <sup>1</sup>. La portée de la réforme fut restreinte plus tard par le sénatus-consulte Pégasien, qui décida que les actions, dans certains cas, resteraient comme autrefois sur la tête de l'héritier; mais cette restriction fut supprimée complètement par Justinien, et le droit romain aboutit ainsi, dans son dernier état, à attribuer au fidéicommissaire en toute hypothèse la qualité de successeur universel, à lui imposer une obligation aussi rigoureuse que celle de l'héritier.

La séparation que nous venons de constater entre le legs et le fidéicommiss persiste pendant plusieurs siècles, mais elle disparaît sous Justinien; l'empereur supprime des distinctions qui n'avaient plus raison d'être, en réunissant les deux dispositions dans une institution unique. Quelles conséquences cette fusion entraîne-t-elle dans notre matière, quelle sera la situation de la personne en faveur de laquelle une disposition universelle autre que l'institution d'héritier a été faite ?

Il est certain d'abord qu'on peut employer indifféremment, pour nommer la disposition, les mots de legs ou de fidéicommiss; le gratifié pourra donc être désigné dans tous les cas sous le nom de légataire, il sera bien un légataire universel. Il est certain encore que le légataire universel du droit nouveau sera, dans la grande majorité des cas, *loco heredis*, qu'il sera tenu des dettes comme l'héritier: cela résulte manifestement de tous les textes qui parlent du fidéicommiss d'hérédité comme produisant ses anciens effets. Se présente-t-il encore des hypothèses dans lesquelles le gratifié ne sera qu'un successeur à titre particulier, comme l'ancien légataire partiaire ? On peut en douter. De nombreux auteurs soutiennent que le legs partiaire a complètement disparu, car Justinien semble bien supprimer d'une façon radicale les stipulations d'indemnités réciproques <sup>2</sup>. Une

<sup>1</sup> 5, § 1, Dig. 14, 5, *Quod cum eo*.

<sup>2</sup> Van Wetter, *Cours élémentaire*, § 370. — M. Accarias considère comme vraisemblable la disparition totale du legs partiaire. *Précis*, n° 392.

autre opinion enseigne que les effets du legs se produiront encore quelquefois, lorsque le testateur aura eu réellement l'intention de n'attribuer au légataire que l'actif net : il n'y a pas de motif pour que sa volonté ne soit pas suivie, et on ne saurait expliquer autrement que les compilations de Justinien contiennent encore différents textes relatifs au legs partiaire <sup>1</sup>. Cette dernière opinion me paraît exacte en droit : théoriquement on doit reconnaître au testateur le droit de faire un legs n'ayant pour objet que l'actif net. Mais lorsqu'on voudra déterminer le caractère de la disposition, rechercher l'intention du testateur, il ne faudra attacher aucune importance au fait qu'il aura employé la formule du legs plutôt que celle du fidéicommiss; s'il a dit « *Titio hereditatem meam do lego* », la disposition produira le même effet que s'il avait employé la formule précative. On ne devra pas s'attacher non plus au fait que le testateur a employé le mot *bona* plutôt que le mot *hereditas*; dans les deux cas on appliquera les effets du fidéicommiss (30, § 1, Dig. 36, 1). Comme le legs partiaire, déjà rare à l'époque classique, est tombé en désuétude, on ne devra pas en accepter facilement l'existence, il faudra que l'intention du testateur se manifeste clairement. •

Nous voyons ainsi apparaître nettement en droit romain, à côté de l'héritier proprement dit, un légataire qui a la situation du successeur universel avec toutes ses conséquences; il prend dans la pratique une importance sans cesse grandissante, et finit par se substituer presque complètement à l'ancien légataire, simple créancier de l'actif net.

#### IV.

La pratique française a conservé, à côté de l'héritier proprement dit, un fidéicommissaire d'hérédité ou légataire universel semblable à celui qui avait été créé par le droit romain : loin d'abandonner sur ce point les principes anciens, elle en a précisé l'application, elle a réglé avec plus de détails la situation du légataire.

Le fidéicommiss d'hérédité ou universel joue dans notre ancien droit deux rôles bien distincts. Très souvent il est destiné à réaliser une substitution graduelle, à régler dans l'avenir pour une

<sup>1</sup> Maynz, Cours, § 431, *in fine*.

série de générations la dévolution des biens laissés par le testateur. Il est alors conditionnel : la restitution ne doit être faite par l'héritier qu'à sa mort, et sous la condition que le fidéicommissaire ou tout au moins ses enfants existent à ce moment. Nous pouvons négliger ici l'étude de ce rôle, entièrement distinct de celui qui remplit le legs universel dans le droit moderne.

Dans d'autres cas le fidéicommis d'hérédité intervient pour créer une situation semblable à celle qui résulte d'un legs ordinaire portant sur l'universalité ; à côté du fidéicommis conditionnel, on reconnaît en effet sans aucune difficulté le fidéicommis pur et simple, obligeant l'héritier à faire délivrance immédiate, ne lui laissant que le titre d'héritier avec les réserves qui y sont attachées ; les droits du gratifié s'ouvrent alors au jour même de la mort du testateur, la disposition ne tend qu'à mettre un legs ordinaire à la charge de l'héritier. Le testateur, par exemple, institue héritier son fils Primus, puis il constitue fidéicommissaire universel Secundus : ce dernier recueillera immédiatement toute la succession, sous déduction des réserves appartenant à Primus. Souvent même on constate une analogie plus complète encore avec les procédés suivis dans le droit actuel : le testateur n'a désigné que le légataire universel, la disposition est à la charge de l'héritier *ab intestat*. Ainsi le disposant, qui laisse Primus comme héritier *ab intestat*, n'a fait qu'un codicille, où il institue Secundus fidéicommissaire universel ; comme il n'est pas nécessaire que le codicille se rattache à un testament, la qualité d'héritier appartiendra à Primus, et le patrimoine sera transmis immédiatement à Secundus : la situation est semblable à celle qui résulte du legs universel fait par le testateur moderne. Le même effet se produit lorsque le codicille contient une institution d'héritier : un héritier véritable ne pouvant pas être créé par codicille, la disposition sera interprétée et appliquée comme contenant un fidéicommis universel à la charge de l'héritier *ab intestat* ; il en est de même lorsque l'institution est faite par un testament qui est irrégulier, mais qui est valable du moins comme codicille en vertu de la clause codicillaire <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Serres, *Institutes*, liv. II, tit. 23, § 10. — Guyot, *Répertoire*, v<sup>o</sup> *institution*, section 3<sup>e</sup>, 2<sup>o</sup>.

Ainsi nous rencontrons des hypothèses fréquentes dans lesquelles la délivrance de la succession doit être faite immédiatement par l'héritier ; c'est cette situation, semblable à celle qui résulte maintenant du legs universel, que nous devons étudier.

Si l'on cherche quels sont les effets de ce mode de succession, on arrive à faire deux constatations importantes : 1<sup>o</sup> le successeur n'est pas un héritier véritable, il n'est que légataire ; 2<sup>o</sup> il n'en est pas moins successeur universel, et tenu des dettes aussi rigoureusement que l'héritier ; les principes romains, sur ces deux points, ont été entièrement suivis par les jurisconsultes français.

D'abord le fidéicommissaire ne crée pas un héritier véritable, il serait inexact de considérer notre disposition comme équivalant à une institution ; notre ancien droit maintient ou établit entre ces deux modes de succession des différences importantes :

1<sup>o</sup> Le fidéicommissaire n'a pas la saisine, en ce sens qu'il n'a pas immédiatement l'exercice des actions héréditaires ; il doit demander délivrance à l'héritier. La question avait soulevé des controverses, mais l'opinion qui refusait la saisine était généralement suivie. Furgole décide en termes généraux que le fidéicommissaire ne confère pas la saisine, et s'il indique spécialement comme application de ce principe l'exercice des actions possessoires, ce n'est sans doute qu'à titre d'exemple<sup>1</sup>. Despeisses exprime que le légataire est saisi, mais son annotateur indique immédiatement qu'il doit demander délivrance ; en attribuant la saisine, Despeisses pense sans doute à la transmission des droits héréditaires eux-mêmes et non à l'exercice des actions<sup>2</sup>. Le refus de la saisine est confirmé par l'ordonnance de 1735 sur les testaments, art. 73. — Il n'y a qu'une hypothèse dans laquelle la saisine existe : lorsque l'héritier refuse la succession, le fidéicommissaire a droit de l'accepter pour rendre le testament valable, et il ne peut être question alors de délivrance. La délivrance s'opère d'ailleurs par un procédé très simple ; conformément aux textes romains, il suffit que l'héritier manifeste sa volonté de délivrer ; ainsi elle a lieu lorsqu'il déclare expressément

<sup>1</sup> *Testaments*, ch. VIII, sect. 1<sup>re</sup>, nos 16, 21.

<sup>2</sup> Despeisses, tome II, p. 176, n<sup>o</sup> 42.

ment qu'il fait délivrance, ou bien lorsque, dans cette intention, il laisse le successeur prendre possession de certaines choses héréditaires (37, Dig. 36, 1).

2° Le fidéicommissaire n'a pas droit, comme l'héritier, à la quote part ou à la réserve. Il est exposé au contraire à subir lui-même la retenue : l'héritier grevé du fidéicommissaire peut, quelle que soit sa qualité, retenir la quote part à son profit, à moins que le testateur n'ait eu la volonté de lui enlever cette prérogative.

3° Lorsque le testateur laisse un héritier légitimaire, il est tenu, pour rendre son testament pleinement valable, de lui conférer le titre d'héritier ; la qualité de fidéicommissaire ne serait pas suffisante : le légitimaire auquel on n'aurait attribué qu'un fidéicommissaire universel pourrait demander la nullité de l'institution d'héritier. Des discussions s'étaient élevées, mais Furgole se prononce dans ce sens en citant d'importantes autorités, et sa solution est confirmée par l'ordonnance de 1635, art. 50 à 53, qui exige expressément l'institution d'héritier<sup>1</sup>.

4° L'héritier testamentaire profite de la règle *nemo partim testatus...* ; s'il n'est institué que pour une partie de l'hérédité ou pour une *res certa*, la succession *ab intestat* ne peut pas s'ouvrir pour le reste : à défaut d'autres héritiers testamentaires, l'institution comprend la totalité de la fortune<sup>2</sup>. La même règle ne s'applique pas au fidéicommissaire, le patrimoine se partage entre lui et l'héritier *ab intestat* dans la mesure fixée par la disposition.

On constate donc des différences saillantes entre les deux dispositions ; elles suffisent pour établir, comme nous l'indiquons, que notre successeur n'est pas un véritable héritier, qu'il est un simple légataire.

D'autre part le fidéicommissaire a la qualité de successeur universel avec les droits et les charges qui en dérivent logiquement ; il recueille le patrimoine même et non pas seulement les droits actifs qui le composent, il est *loco heredis*. Ainsi il est

<sup>1</sup> Furgole, *Testaments*, ch. VIII, sect. 3<sup>e</sup>, nos 61 et suiv. — Cf. Maynard, *Questions notables*, liv. V, ch. II.

<sup>2</sup> Serres, *Institutes*, liv. II, tit. 14, § 5. — Furgole, ch. VIII, sect. 1<sup>re</sup>, nos 12, 34.

investi personnellement des droits héréditaires : à ce titre il est copropriétaire avec l'héritier et peut demander le partage en nature ; il poursuit directement en son propre nom les débiteurs et détenteurs de biens héréditaires ; la transmission se produit même *ipso jure* dès l'ouverture de la succession : s'il doit demander la délivrance, c'est pour l'exercice et non pour l'acquisition de droit.

Ce principe entraîne des conséquences particulièrement importantes en ce qui concerne les dettes héréditaires. D'abord le fidéicommissaire est tenu personnellement et indéfiniment : la jurisprudence accepte l'idée qu'il est obligé comme l'héritier, qu'il peut être poursuivi *ultra vires*, à moins qu'il n'ait eu recours au bénéfice d'inventaire. Plusieurs auteurs signalent cette solution comme certaine, sans mentionner l'existence d'aucune discussion ; Boutaric notamment l'exprime avec une entière netteté : « Les arrêts ont jugé, d'un côté, que l'inventaire fait par l'héritier grevé sert au fidéicommissaire, et de l'autre, que si l'héritier grevé n'a pas fait inventaire, le fidéicommissaire, s'il ne fait lui-même inventaire dans le délai de l'ordonnance, est tenu indéfiniment envers tous les créanciers et les légataires. <sup>1</sup> »

Une autre conséquence, c'est que les dettes se divisent entre l'héritier et le légataire dans la même proportion que le patrimoine : si l'héritier grevé d'un legs universel retient la quarte trébélienne, il ne pourra être poursuivi par les créanciers, après la délivrance opérée, que dans la proportion du quart. C'était la solution romaine (69, Inst. II, 23), et différents passages attestent qu'elle est suivie en France ; suivant Julien <sup>2</sup> « Les actions se divisent entre l'héritier et le fidéicommissaire à proportion de ce qu'ils recueillent chacun de l'hérédité ». La même idée est exprimée par Furgole <sup>3</sup> : « Le légataire d'une portion de l'hérédité vient en partage avec l'héritier sans aucune déduction, et de la même manière qu'il faudrait le faire, si le légataire avait le titre et la qualité d'héritier ; car il l'est en effet dès que le testa-

<sup>1</sup> Boutaric, *Institutes*, II, 23, § 9. — Cf. Furgole, ch. VII, sect. 1<sup>er</sup>, n° 62. — Maynard, *Questions notables*, liv. VI, ch. X.

<sup>2</sup> Julien, *Eléments de jurisprudence*, liv. II, tit. 10, n° 10.

<sup>3</sup> *Testaments*, ch. X, sect. 3<sup>e</sup>, n° 102.

teur lui a laissé une portion de l'hérédité : voilà pourquoi il partage avec l'héritier l'émolument et les charges. » Il se présente même une hypothèse dans laquelle l'héritier, malgré son titre, échappera à toute poursuite : c'est celle où l'institution porte sur une *res certa*; l'héritier n'est alors considéré que comme un légataire particulier, il devient étranger aux dettes, le légataire est seul débiteur. D'après Furgole : « Si le testateur a laissé à l'héritier quelque fonds ou effet pour remplacer la quarte, l'héritier grevé sera considéré comme simple légataire... et toutes les actions actives et passives passeront sur la tête du fidéicommissaire <sup>1</sup>. » On voit combien l'ancien droit s'écarte de l'idée que l'héritier, seul continuateur de la personne, répond de la totalité des dettes, et peut être poursuivi solidairement avec le légataire universel. On doit admettre à la vérité que, avant la délivrance, les actions peuvent être intentées pour le tout contre l'héritier, parce que seul il a la saisine; mais si l'héritier est ainsi poursuivi au-delà de sa part, c'est à raison des droits d'administration que lui confère la saisine, c'est parce qu'il gère à la fois la part du légataire et la sienne; au-delà de sa part héréditaire il n'est plus personnellement débiteur.

Les principes de droit écrit se détachent ainsi bien nettement : le testateur peut créer un successeur qui, sans être héritier, sans avoir la saisine, recueille cependant l'universalité du patrimoine, décharge l'héritier d'une partie correspondante des dettes, peut être poursuivi *ultra vires* par les créanciers.

## V.

Pour compléter l'examen de la théorie ancienne, recherchons si, en fait, on donnait au successeur ainsi désigné le nom de légataire universel, et s'il existait à côté de lui un autre légataire universel considéré comme successeur particulier, analogue au légataire partiaire de droit romain.

Les expressions qui reviennent le plus souvent dans les textes au sujet de la disposition qui nous occupe sont celles de *fidéicommissis*, *fidéicommissaire*; il n'en est pas moins certain que l'emploi des mots *legs* et *légataire* se justifie parfaitement, car les

<sup>1</sup> *Testaments*, ch. X, sect. 3<sup>e</sup>, n° 116.



legs et les fidéicommiss ne forment plus qu'une même disposition, qui peut recevoir indifféremment l'un de ces noms. Aussi trouve-t-on ces expressions réellement employées par les meilleurs auteurs, et différents passages expriment l'idée qu'il n'y a pas de différence entre le fidéicommissaire de l'hérédité et le légataire universel. Ricard est d'une netteté parfaite : « Depuis que les fidéicommiss et les legs particuliers ont été réciproquement égalés les uns aux autres,... il n'est plus nécessaire, pour faire un fidéicommiss universel, qu'il soit conçu en termes obliques; et sans que l'on s'arrête plus aux paroles, le legs qui contient la succession entière, ou une portion par quotité, est considéré comme fidéicommiss universel, et est sujet aux mêmes lois et décisions qu'un véritable fidéicommiss <sup>1</sup>. » Despeisses dit de même : « Puisque le légataire de tous les biens du testateur n'est différent du fidéicommissaire de l'entière hérédité que par les termes du testament, il prend tous les biens que le défunt possédait sans prouver qu'il en fût maître, et pareillement les actions qui lui appartenaient <sup>2</sup>. » Suivant Thévenot d'Essaule, qui a fait un traité spécial sur les substitutions, l'expression de légataire universel serait même employée de préférence; l'auteur dit, en effet, en parlant du fidéicommiss d'hérédité pur et simple : « Ce genre de fidéicommiss est fort rare dans notre usage. Il ne se rencontre fréquemment que dans nos legs, qui sont, comme je l'ai dit, de vrais fidéicommiss imposés à l'héritier, et qui sont faits pour la plupart sans condition suspensive <sup>3</sup>. »

Furgole (Ch. 10, sect. 3<sup>e</sup>, n<sup>o</sup> 102) distingue deux espèces de légataires universels : l'un succède au patrimoine, il est *loco heredis*, l'autre ne recueille que l'actif net, il n'a même pas le droit de liquider lui-même la succession, il doit souffrir que l'héritier conserve des biens en quantité suffisante pour solder le passif. A quel élément reconnaître si la disposition doit produire l'un ou l'autre de ces effets ? Ce n'est pas à l'emploi de la formule précative ou de mots impliquant l'idée de restitution, c'est à l'emploi des mots *hérite* ou *biens* : si le testateur a légué une

Ricard, *Substitutions*, 1<sup>re</sup> partie, n<sup>o</sup> 114.

<sup>2</sup> Despeisses, tome II, p. 176, n<sup>o</sup> 42.

<sup>3</sup> Thévenot d'Essaule, *Substitutions*, n<sup>os</sup> 283, 284, Cf. ch. IV.

part de son *hérédité*, le gratifié sera *loco heredis*; s'il a légué une part de ses *biens*, on appliquera les règles du legs partiaire. Le criterium indiqué par l'auteur est difficile à accepter, il est empreint d'un formalisme singulièrement étroit, mais le langage que tient Furgole n'en prouve pas moins que le légataire universel est souvent considéré comme fidéicommissaire.

L'assimilation des deux dispositions et l'emploi du nom de légataire universel se trouvent attestés par les différents passages de la manière la plus certaine. Cependant on trouve quelques témoignages qui sont discordants, au moins en apparence; il importe de les indiquer et d'en fixer la portée. Ricard, dans son traité des donations (3<sup>e</sup> partie, n<sup>o</sup> 1513), dit qu'il est contraire à l'esprit du droit romain de soumettre les légataires universels à la poursuite des créanciers; en le faisant, on introduit contre eux une espèce d'action personnelle, tandis qu'en droit romain l'action dont ils étaient tenus était purement réelle et attachée à la chose. Merlin, dans le Répertoire de Guyot, parle du légataire universel comme s'il n'était jamais tenu que *ob rem*: « Une observation importante sur les charges des légataires universels, est que ceux-ci n'en sont point tenus indéfiniment comme les héritiers, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qu'ils tirent de la succession.... Le légataire universel ne représente point la personne du testateur, ce n'est qu'un simple successeur de ses biens, et il n'est sujet au paiement de ses dettes qu'à raison des choses qu'il en a reçues <sup>1</sup>. » L'auteur décide un peu plus loin que le légataire, pour profiter de cet avantage, n'est pas tenu de prouver par un inventaire régulier la consistance de la succession, puis il ajoute: « Il n'est point douteux que cet avis ne doive faire loi, tant dans les pays de droit écrit, que dans les coutumes auxquelles ce droit sert de supplément. » Merlin a donc bien en vue dans sa discussion le légataire universel de droit écrit, et les termes qu'il emploie impliquent que jamais le legs universel n'entraîne l'obligation indéfinie.

D'autres auteurs tiennent un langage bien fait pour nous sur-

<sup>1</sup> Guyot, v<sup>o</sup> *légataire*, § 7, édition de 1785, p. 93. C'est peut-être ce passage, reproduit dans le Répertoire de Merlin, v<sup>o</sup> *légataire*, § 7, art. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 13, qui a entraîné les auteurs modernes à présenter sous un jour inexact la situation du légataire universel.

prendre. Denisart<sup>1</sup> atteste qu'en pays de droit écrit il n'y a plus de légataires universels : « En pays de droit écrit le légataire n'est pas tenu des dettes s'il y a un héritier, parce que ce droit ne reconnaît que des légataires particuliers ; en sorte que, quand le legs embrasse une universalité, celui qui en est l'objet n'est pas considéré comme un légataire, mais il prend la dénomination d'héritier, et contribue en cette qualité. » Le Nouveau Denisart<sup>2</sup> exprime la même idée : « Comme, en pays de droit écrit, l'on ne connaît point de légataire universel, les légataires y sont tous exempts de la contribution aux dettes. »

Ces différents passages, singulièrement en désaccord, prouvent-ils que les dispositions faites sous forme de legs universels et qualifiées de ce nom n'entraînaient pas l'obligation illimitée ? En présence des témoignages cités plus haut, il paraît impossible de le soutenir ; tout ce qu'on peut admettre, c'est que les dispositions portant sur l'ensemble de la fortune ne produisaient quelquefois que les effets du legs partiaire : à côté du legs universel véritable il en existait un autre qui ne constituait au fond qu'un titre d'acquisition particulier, c'est celui-là que visent Ricard et Merlin. Pareil legs devait être en pratique fort rare, il n'est guère vraisemblable que nos usages aient réveillé le legs partiaire de son long sommeil, et c'est ce qui explique que les deux collections de Denisart présentent le legs universel comme inconnu. Tout au moins devait-on exiger, pour interpréter la disposition en ce sens, que la volonté du testateur fût clairement exprimée : la distinction présentée par Frugole ne devait pas être admise. Soient les diverses formules suivantes : J'institue Primus légataire universel, — je lègue toute mon hérédité, — je lègue tous mes biens ; toutes expriment la même intention, elles seront donc assimilées, elles produiront les effets du fidéicommis, la transmission de l'universalité.

Concluons que, en principe et sauf diverses exceptions, toute disposition universelle autre que l'institution d'héritier assimilait le gratifié à un représentant de la personne, qu'elle pouvait recevoir et qu'elle recevait souvent dans la pratique le nom de legs

<sup>1</sup> V° *Dettes*, n° 64.

<sup>2</sup> V° *Contribution aux dettes*, § 1, n° 7.

universel; nous avons le droit d'affirmer qu'en pays de droit écrit le légataire universel était tenu *ultra vires*, et que les dettes se divisaient entre lui et l'héritier.

## VI.

L'étude que nous venons de présenter ne détruit-elle pas l'argument historique invoqué par les adversaires de la jurisprudence moderne? En rapprochant de l'ancien droit les observations du Tribunat et le texte de l'art. 1002, on ne trouve plus aucune raison solide pour soutenir que les rédacteurs aient entendu restreindre les droits et les charges du légataire.

Suivant le Tribunat, tous les effets particulièrement attachés par la loi romaine au titre d'héritier sont entièrement détruits. Le principe est juste; mais comme l'obligation illimitée et la division des dettes n'étaient pas comprises parmi ces effets, nous restons libre de les maintenir. Les effets attachés spécialement à l'institution étaient la saisine, la réserve spéciale résultant de la quarte falcidie, l'obligation de conférer ou de laisser le titre d'héritier aux légitimaires, la règle *nemo partim testatus...*; tout cela a en effet disparu, sauf la disposition de l'art. 1006; l'observation du Tribunat conserve donc dans notre doctrine une portée sérieuse.

D'après l'art. 1002, la disposition, quel que soit son nom, ne produit que les effets du legs. Qu'importe, si le legs entraînait autrefois les effets complets d'une succession universelle? Les rédacteurs n'avaient pas à choisir uniquement entre l'institution d'héritier et le legs, leur choix pouvait s'exercer entre deux legs universels, celui du droit écrit et celui des coutumes; or tous les textes tendent à prouver qu'ils ont préféré le legs du droit écrit. Ils présentent en effet le légataire comme succédant à l'universalité, comme tenu d'une obligation personnelle; c'est le langage précisément opposé à celui qui était tenu par les auteurs coutumiers. Le mot *personnellement* employé par les art. 1109 et 1012 ne suffirait pas sans doute à lui seul pour prouver que le Code a voulu constituer un legs universel entièrement nouveau, contraire à toute les traditions; mais il devient concluant lorsqu'on remarque que l'ancien droit reconnaissait deux légataires universels, l'un tenu personnellement, l'autre tenu *ob rem*; en im-

posant l'obligation personnelle, les rédacteurs ont manifesté clairement leur choix.

La doctrine que nous tirons de l'ancien droit permet seule d'éclaircir un point resté obscur dans les travaux préparatoires, de résoudre une contradiction apparente qu'ils présentent. Bien que l'institution d'héritier ait été repoussée, le légataire universel est désigné à tout instant sous le nom d'héritier, et différents passages attestent chez les rédacteurs le désir d'assimiler autant que possible le legs universel à l'institution. C'est ainsi que Portalis dit devant le Corps législatif : « Lorsqu'il existe un héritier testamentaire, il n'y a plus d'héritier légai, la loi n'attache pas moins d'effet à la disposition faite par l'homme qu'à la disposition faite par elle-même <sup>1</sup>. » Jaubert écrit dans son rapport au Tribunat, n<sup>o</sup> 61 : « Le seul sacrifice que les pays de droit écrit aient à faire en cette occasion, c'est celui de l'ancienne règle *nemo pro parte testatus...* » Dans notre doctrine ces différents passages concordent très bien avec l'observation du Tribunat et avec l'art. 1002 ; si le légataire peut encore être désigné sous le nom d'héritier testamentaire, si les pays de droit écrit n'ont pas à sacrifier leurs traditions, c'est que le légataire actuel, est, comme l'ancien fidéicommissaire, *loco heredis* ; il représente aussi complètement le défunt que s'il était continuateur de la personne.

Ainsi un examen attentif de l'histoire et du Code montre que le legs universel de la jurisprudence moderne a une antique origine ; il se rattache par un lien ininterrompu au fidéicommiss d'hérédité du droit romain, qui, conforme à la logique et aux besoins de la pratique, a fini par triompher du legs partiaire.

—————  
MARCEL MONGIN.

### ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

DU RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LA SOLUTION DES QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUE SOULÈVE LE CONTRAT DE MARIAGE,

Par M. SURVILLE, agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

(Fin <sup>2</sup>).

#### CHAPITRE DEUXIÈME.

##### *Droit moderne.*

Il me semble bon, au début de ce chapitre, avant d'arriver

<sup>1</sup> Loqué, t. XI, p. 249.

<sup>2</sup> Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888, p. 159.

à l'examen direct de la question qui doit en faire l'objet, de prendre nettement parti sur l'importance qu'il convient, à mon avis, de reconnaître à la théorie traditionnelle des statuts dans le droit français moderne. La grande influence qu'elle a exercée sur la matière que j'étudie m'en fait un devoir, d'autant mieux que la solution que je vais donner me servira de point de départ pour établir la thèse que je compte ici soutenir en me plaçant plus spécialement au point de vue français.

L'ancienne théorie statutaire, critiquable sans doute si l'on se place au point de vue des principes élevés que dicte la raison, doit-elle donc être considérée comme maintenue par le Code civil? Est-il vrai qu'il ait conservé la division des lois en réelles et personnelles? On l'a nié <sup>1</sup>, mais, à mon sens, il faut sans hésitation répondre : oui. Le texte de l'art. 3, éclairé par les travaux préparatoires, me paraît être formel à cet égard <sup>2</sup>. Mais faut-il conclure de là que nous soyons absolument enchaînés par l'ancienne théorie des statuts? Je réponds catégoriquement : non, et voici la doctrine à laquelle je crois devoir me rattacher. Je crois que sur tous les points sur lesquels l'ancien droit était formé et avait établi une doctrine précise, nous nous trouvons liés par la tradition, et qu'il nous faut en accepter les décisions, mais je ne vais pas plus loin, et je prétends que sur tous les points qui furent controversés jusque dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence, la discussion persiste entière de nos jours et que nous sommes en droit de donner dans ces cas-là nos solutions personnelles, indépendamment de celles qui ont été proposées par tels ou tels vieux auteurs. De plus, et surtout, je ne crois pas que le Code civil exige le moins du monde que les dispositions législatives rentrent toutes dans l'une ou l'autre des

<sup>1</sup> V. not. Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 549 et 541. — Despagnet, *Précis de droit international privé*, p. 97 et suiv.

<sup>2</sup> Portalis, dans l'exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil, dit en effet : « On a toujours distingué les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui régissent la disposition des biens. Les premières sont appelées personnelles, et les secondes réelles. » Loaré, t. I, p. 304. — D'autre part le tribun Faure s'exprime ainsi : « L'art. 3 consacre les principales bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels. » Loaré, t. I, p. 317.

deux catégories de lois : lois réelles et lois personnelles. Le Code civil a continué sans doute l'ancienne théorie, mais il ne l'a pas reproduite complètement. C'est ainsi que l'art. 3 laisse en dehors de ses prévisions des matières considérables, parmi lesquelles je n'ai ici besoin que de signaler comme exemple la matière des contrats.

Ceci posé, nous allons nous demander d'abord quelle est la loi qui, en droit international, doit régir les conventions matrimoniales, puis, une fois cette loi déterminée, nous rechercherons quel en doit être le champ d'application. Ce sont là les questions que nous allons nous poser d'une part dans le cas où les époux ont rédigé un contrat de mariage, et d'autre part dans celui où ils n'en ont pas rédigé un.

Notre chapitre va donc être divisé en deux paragraphes.

§ 1<sup>er</sup>. — *Les époux ont rédigé un contrat de mariage.*

Lorsque les époux ont rédigé un contrat de mariage, parmi les questions diverses que le droit international privé doit se poser et résoudre, il en est une tout d'abord qui rentre dans l'ordre d'idées qui nous occupe exclusivement dans ce travail : c'est celle de savoir si la liberté des époux qui prétendent déterminer par eux-mêmes leur régime matrimonial souffre des restrictions, et si oui, quelles sont ces restrictions ?

Notre Code civil, après avoir posé dans l'art. 1387 le principe de la liberté des conventions matrimoniales, y apporte tant dans la fin de ce texte, que dans les art. 1388, 1389 et 1390 un certain nombre de limitations. Il ne faut pas d'abord, d'après l'art. 1387 *in fine*, que les conventions matrimoniales soient contraires aux bonnes mœurs. Puis l'art. 1388 prohibe les conventions qui dérogeraient aux droits résultant de la puissance maritale ou paternelle, aux droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale ou à ceux qui sont conférés au survivant des époux par le titre de la puissance paternelle et par celui de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation. Il n'est pas permis de déroger non plus aux règles prohibitives du Code civil. L'article 1389 vient à son tour défendre aux époux, en dehors des donations autorisées par les art. 1093 et 1094 de déroger aux règles qui

fixent l'ordre légal des successions soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux. Enfin il résulte de l'art. 1390 que les époux ne peuvent pas stipuler d'une manière générale, que leur association sera réglée par l'une des Coutumes anciennes qui régissaient la France avant leur abrogation par le Code. Le but du législateur, en édictant cette dernière prohibition, est évidemment d'empêcher les parties de pouvoir tenir en échec, par une manifestation de leur volonté, le principe de l'unité de législation en France, en se référant en termes généraux à telle ou telle Coutume ancienne. Ce but nous indique la portée même de la prohibition contenue dans l'art. 1390. Il nous montre, puisque l'unité de législation en France ne s'en trouvera pas compromise, que rien ne fait obstacle d'une part à ce que les parties règlent leur régime d'après une ancienne Coutume à charge d'en copier les dispositions, et d'autre part, ce qui nous intéresse surtout ici, à ce que les parties puissent se référer même purement et simplement à une législation étrangère pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires. Deux Français peuvent très bien déclarer qu'ils entendent que leur régime matrimonial soit réglé, par exemple, conformément aux dispositions de la loi italienne, car il est évident qu'il n'y a rien là qui compromette l'unité de législation chez nous, et qui tombe par conséquent sous le coup de la prohibition de l'art. 1390<sup>1</sup>.

Ceci rappelé, quel est au point de vue international, le caractère de ces dispositions diverses du Code civil que je n'ai fait que signaler en passant ?

Au regard des nationaux français, il ne saurait s'élever aucun doute. Ce sont là tout autant de dispositions d'ordre public qui s'imposent à eux et qui leur seront appliquées par nos tribunaux, qu'il s'agisse d'un contrat de mariage passé en pays étranger ou en France, peu importe.

Mais ces règles législatives ont-elles le même caractère vis-à-vis des étrangers ? Doivent-elles être considérées par nos tribunaux comme s'imposant à eux, et les étrangers, qui notamment

<sup>1</sup> V. not. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, t. VI, n° 7.



passent un contrat de mariage chez nous, doivent-ils s'y conformer? Il n'est pas possible de répondre d'une manière générale par oui ou par non, à de pareilles questions et des distinctions sont à faire.

Tout d'abord, il est deux des règles limitatives de la volonté des parties qui doivent s'imposer aux étrangers comme aux nationaux. D'une part, tout le monde admet qu'il ne saurait leur être permis de porter par une convention atteinte aux bonnes mœurs. Et puis, d'autre part, l'art. 1390, qui a pour but de sauvegarder l'unité législative française, me paraît également devoir s'imposer à eux. On ne voit pas en effet pourquoi on tolérerait une pareille atteinte de la part d'un étranger, alors qu'elle n'est pas permise à un Français. Les rédacteurs du Code civil ont, dans un intérêt social, voulu prévenir un danger que pouvait courir leur œuvre d'unification législative, et ce danger est évidemment le même quelle que soit la nationalité de la personne qui le fasse courir et quel que soit, ajoutons-le, le pays où l'acte a été dressé. Voilà des points qui ne sauraient faire aucun doute, que je sache.

Restent les prohibitions des art. 1388 et 1389.

Il suffit de lire l'art. 1388 pour voir que celles qu'il édicte et qui sont relatives à la puissance paternelle ou maritale, aux droits qui appartiennent au mari comme chef, etc., relèvent avant tout de la loi personnelle des parties. Par conséquent, si ces prohibitions doivent être considérées comme s'appliquant aux nationaux et les suivant en quelque lieu qu'ils se trouvent, il n'en n'est plus de même quand il s'agit d'étrangers, à la législation nationale desquels il convient alors de se référer. Des époux étrangers qui auraient apporté des dérogations à la puissance maritale ou paternelle, telles que nous les comprenons chez nous, qui auraient modifié les pouvoirs que notre loi attribue au mari comme chef de l'association conjugale, ou qui, dérogeant aux règles prohibitives du Code civil, n'auraient pas, par exemple, tenu compte dans leur contrat de la défense des ventes entre époux que porte l'art. 1595, pourraient donc demander en principe aux tribunaux français de sanctionner de telles stipulations, puisque leur loi personnelle moins restrictive que la nôtre les

leur permet <sup>1</sup>. La volonté des parties est maîtresse, tel est le point de départ, et les seules limitations qu'elle doit logiquement subir sont celles que la loi de la nationalité de laquelle elles dépendent, et qui peut leur commander même à l'étranger, a jugé à propos de leur imposer. Ces limitations, qu'elles soient plus ou moins nombreuses et plus ou moins dignes d'être approuvées au point de vue de la raison, doivent être observées <sup>2</sup>, car le législateur qui les a édictées a dû tenir et a tenu compte de la race, de la religion, des mœurs, des traditions historiques, du génie du peuple pour lequel il a légiféré, de telle sorte que l'on doit supposer qu'il existe une harmonie profonde entre l'individu et le droit de sa nation.

N'exagérons pas toutefois la portée pratique de ce principe, et s'il est vrai de dire qu'il doive, à notre avis, s'appliquer même dans le cas où l'intérêt d'un national aurait à en souffrir <sup>3</sup>, il ne faut pas aller jusqu'à admettre cependant qu'il ne doive pas s'incliner lorsqu'il vient se heurter chez nous à celles des

<sup>1</sup> D'après l'art. 1399 « la communauté soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage ». Il y a là une disposition qui s'impose aux Français : s'impose-t-elle également aux étrangers ? Non, à notre avis. — Nous donnerions une solution du même genre relativement à la continuation de la communauté après le décès de l'un des conjoints qui est défendue à ses nationaux par le législateur français (art. 1441, 1442, comp. art. 1868). Si une loi étrangère autorise cette continuation, pourra-t-on en tenir compte en France au regard d'étrangers ? Pourquoi pas, puisque ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs ne sont intéressés à cet égard ? Les exemples pourraient être multipliés.

<sup>2</sup> V. not. jug. du trib. Seine, 20 août 1884, *Journal du droit international privé*, 1885, p. 76.

<sup>3</sup> D'après une doctrine que je n'ai pas ici à développer, mais que je repousse énergiquement, la loi personnelle étrangère n'est applicable aux étrangers en France que si, dans son application, elle n'aboutit pas à blesser un intérêt français. V. en ce sens, Valette sur Proudhon, t. I, p. 85. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 101, n° 102. Aubry et Rau, t. I, p. 91. La jurisprudence consacre cette doctrine : V. Cass. 16 janv. 1861, Sirey, 1861, I, 305. — Orléans, 17 mai 1856, Sirey, 1856, II, 625. — On peut dire que c'est d'une idée de même nature que s'est inspirée la Cour de cassation dans un arrêt du 20 février 1882, qui valide une promesse d'égalité faite dans le contrat de mariage d'un de ses enfants étranger par un étranger dont la loi personnelle n'admet aucun pacte sur succession future. Si la promesse d'égalité est considérée comme valable, c'est parce qu'elle doit profiter à un Français issu de l'enfant étranger précédé. (Sirey, 1882, I, 145, note de M. Labbé).

règles de droit qui y sont considérées comme ayant un caractère absolu d'ordre public, et qui, à raison même de ce caractère, s'imposent à tous, aux étrangers comme aux nationaux. Nul ne soutiendra notamment qu'il soit possible à un étranger, en invoquant une clause de son contrat de mariage, fût-elle directement corroborée par sa loi personnelle, d'exercer en France un droit de correction vis-à-vis de ses enfants, dans des conditions qui répugneraient à nos mœurs et à notre civilisation. Ce n'est là sans doute qu'un exemple peu pratique, mais il me semble avoir du moins le mérite de dévoiler la pensée que je veux exprimer ici.

Mais, dira-t-on, dans quel cas une convention doit-elle être tenue pour inopérante parce qu'elle vient se briser contre une de ces lois qui, étant d'ordre public pour tous, ont une portée générale et absolue, et dans quel cas en est-il autrement ? On a cherché parfois un critérium de distinction. Il est des interprètes qui ont proposé de décider que celles-là seules parmi les lois d'ordre public d'un pays s'imposeraient aux étrangers, qui sont des lois de police répressive ou préventive. Quand une loi n'est sanctionnée qu'au point de vue civil, cette loi, si elle est d'ordre public, ne devrait avoir ce caractère qu'au regard des nationaux. Ce critérium, assurément très simple, est beaucoup trop étroit et n'est pas généralement suivi. Dans une autre opinion, l'on se montre moins restrictif et l'on attribue le caractère de généralité dans leur application à toutes les lois d'ordre public relatives aux délits, qu'ils soient réprimés par la loi pénale ou même par la loi civile peu importe. Les quelques développements que j'ai déjà fournis, font pressentir qu'à mon avis cette opinion, bien qu'elle soit plus compréhensive et plus acceptable que la précédente, est cependant encore trop étroite. La vérité, la voici : c'est qu'il est impossible de donner ici un critérium certain, et englobant tous les cas. Que toutes les lois qu'embrassent les deux précédents systèmes soient des lois d'ordre public, d'une application générale, devant lesquelles la volonté, de quelque personne qu'elle émane, est impuissante, cela ne me paraît pas douteux, mais il ne faut pas s'arrêter là. C'est en ces matières au juge qu'il appartient, mission sans doute éminemment délicate, d'éta-

blir par des distinctions très prudentes une ligne de démarcation entre celles des lois d'ordre public auxquelles les nationaux seuls ne sauraient déroger par leurs conventions, et celles de ces lois qui restreignent le domaine de la volonté même au regard des étrangers. Il n'y a là, à mon avis; qu'une simple question de fait, pour la solution de laquelle le juge s'inspirera de l'état des mœurs et de la conscience publique dans son pays, au moment où la question se présente à lui, et peut-être même des circonstances qui entourent l'hypothèse particulière qu'il doit résoudre. Cette doctrine, malheureusement un peu vague, est celle qui est admise à bon droit par la pratique française, qui a parfois le tort dans ses décisions d'exagérer quelque peu la portée des règles d'ordre public en assimilant trop souvent les étrangers aux nationaux, et en imposant au rôle de la volonté des premiers des limites qui n'ont été tracées par notre législateur que pour les Français.

Nous allons nous en rendre immédiatement compte en recherchant le caractère, au point de vue international, de la disposition de l'art. 1389 qui est à rapprocher de celles des art. 791, 1130 et 1600 du Code civil. Il résulte de ces textes que les pactes sur une succession future sont en principe prohibés, alors même qu'ils seraient insérés dans un contrat de mariage. Il n'est pas permis, par exemple, à une fille dotée, de renoncer dans son contrat de mariage, comme elle le pouvait dans notre ancienne France en faveur des mâles, à la succession du constituant. Les mâles puînés ne pourraient pas davantage par leur contrat de mariage renoncer au profit de leurs aînés à des successions futures. De même si les époux ont des enfants d'un premier lit, il ne leur serait pas possible de stipuler un affrèissement qui établirait une égalité successorale entre ces enfants et ceux qui pourront naître du mariage nouveau. De même encore une stipulation du contrat de mariage serait frappée de nullité si elle portait atteinte aux règles qui consacrent un droit de réserve au profit de certains proches parents. Toutes conventions qui aboutiraient à faire revivre soit le droit d'aînesse, soit un privilège de masculinité, ou qui contiendraient une substitution prohibée seraient également sans valeur. Toutes ces règles prohibitives

restreignent sans doute la volonté des nationaux français, mais doivent-elles être respectées aussi par les étrangers?

S'il me fallait répondre à cette question en m'inspirant uniquement des données que me dicte ma raison, je répondrais qu'il faut tout à la fois consulter la loi nationale des parties et la loi nationale de celui à la succession duquel les conventions intervenues sont relatives. Il faut se référer, dirais-je, d'abord à cette dernière loi, car c'est elle qui est appelée, le patrimoine étant un comme la personne elle-même, à régler la dévolution héréditaire, quelle que soit la situation des biens meubles et immeubles. Cette loi va donc nous dire, en les confirmant, ou tout au moins en ne les contredisant pas, si les pactes relatifs à une succession qu'elle régit peuvent être tenus pour valables. Puis cette validité se trouvera clairement démontrée, si la loi personnelle des parties, qui trace le cercle dans lequel peut se mouvoir leur volonté, ne prohibe pas à son tour les pactes dont elles ont convenu. Voilà quelle serait ma solution si je me contentais de raisonner *a priori*, mais il nous faut compter avec la législation française.

Bien que l'on<sup>1</sup> ait essayé de soutenir que la doctrine de l'unité du patrimoine et de la succession, si elle n'était pas expressément consacrée, n'était pas cependant contredite par les textes de notre loi, il est malheureusement inexact qu'elle puisse être adoptée. Elle vient, en effet, se briser contre la disposition de l'art. 3, 2<sup>o</sup>, du Code civil, car il résulte, à n'en pouvoir douter, des travaux préparatoires, que la règle d'après laquelle « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, » doit s'appliquer conformément à la tradition au règlement des successions immobilières. Ces successions sont, par conséquent, dans notre droit, des dépendances du statut réel. Quant aux successions mobilières, la jurisprudence française, que je n'ai point à apprécier ici à ce point de vue, leur applique tantôt la loi du domicile du défunt, si ce domicile a été établi en France avec l'autorisation du gouvernement, tantôt la

<sup>1</sup> V. Bertauld : *Questions pratiques*, t. I, p. 40 et suiv. nos 75 et suiv. — Dubois, *Essais sur les conflits de lois*, *Journal de droit international privé*, 1875, p. 51.

loi de son domicile d'origine si l'autorisation de l'art. 13 du Code civil n'a pas été obtenue.

Ceci rappelé, allons-nous en conclure que toutes celles des conventions relatives aux successions qui seraient interdites aux nationaux, doivent être considérées comme inefficaces en France, tout au moins au regard des immeubles qui y sont situés, alors qu'elles émanent d'étrangers, qui se sont maintenus en deçà des limites que leur législation nationale ne permet pas à la volonté de franchir? Nous répondrons : non. Le régime des successions tenant tout à la fois, d'une part à l'organisation de la propriété, et d'autre part à l'organisation de la famille, deux éléments auxquels le législateur français semble avoir voulu faire une part égale, nous sommes amené à proposer une distinction que voici. De deux choses l'une, en effet, ou les stipulations faites par les étrangers dans leur contrat de mariage dérogent à notre régime successoral sur des points qui sont intimement liés à l'organisation de la famille française, ou bien au contraire ces stipulations le modifient sur des points qui se rattachent avant tout à l'organisation politique et économique de la propriété chez nous. Dans le premier cas, les stipulations dont nous parlons doivent, à notre avis, être tenues pour valables en France, tandis que, dans le second elles ne sauraient y produire aucun effet.

Il nous reste à appliquer cette idée qui nous paraît être la seule exacte pour fixer la délimitation entre les règles de notre régime des successions, qui sont d'ordre public, devant avoir une portée générale, et celles qui n'ont ce caractère que vis-à-vis des nationaux. En supposant d'abord que dans le contrat de mariage d'époux étrangers il y ait un pacte qui contienne une substitution fidéicommissaire défendue par l'art. 898 du Code civil, nous dirons que ce pacte est sans valeur, parce qu'en défendant les substitutions fidéicommissaires, la loi française s'est laissée guider surtout par des motifs d'ordre politique et économique. Elle n'a pas voulu, et à très bon droit du reste, cela dans un intérêt social, que les substitutions anciennes pussent réapparaître de nos jours, étant donné qu'il en résultait jadis une sorte de fraude permanente à la bonne foi et au crédit public, consistant en ce que les tiers étaient trompés par l'éclat d'une fortune apparente

qui était indisponible, si bien qu'à chaque génération il se produisait une sorte de faillite, l'héritier prenant les biens et ne payant pas les dettes <sup>1</sup>. Ce sont là les considérations qui ont dicté la prohibition, et elles sont telles qu'elles ne souffrent évidemment aucune exception. Il n'y a donc pas lieu de distinguer suivant la nationalité des personnes, pour leur permettre ou leur défendre chez nous l'usage des substitutions fidéicommissaires.

Mais à l'opposé, nous ne voyons pas pourquoi, s'agissant d'étrangers capables d'après leur loi personnelle, l'on ne considérerait pas comme valables la clause par laquelle une fille dotée renoncerait à la succession du constituant, celle qui établirait un droit d'aînesse ou de masculinité, ou bien celle qui porterait atteinte aux règles de la réserve telles que notre loi a cru devoir les fixer. De même, nous admettrons sans hésitation, y eût-il atteinte portée à ces règles, la femme douairière à invoquer, en se prévalant d'une clause de son contrat de mariage, son droit au douaire sur les immeubles du mari situés en France. Toutes ces solutions nous les acceptons sous réserve, bien entendu, de l'application possible de l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 qui, prévoyant le cas où un intérêt successoral français se trouverait lésé au profit d'étrangers par suite de l'application du principe qui permet à ces derniers de recueillir par succession ou par disposition à titre gratuit chez nous, est venu décider que ce résultat devrait être corrigé autant que faire se pourrait sur les biens situés en France.

Telle est notre doctrine très ferme qu'il ne nous reste plus qu'à motiver. Nous la motiverons en disant qu'en restreignant aux divers points de vue que nous venons de signaler la liberté de volonté chez les nationaux, en proscrivant le droit d'aînesse, les renonciations à successions futures, en établissant une réserve au profit de proches parents, etc... notre législateur, bien ou mal inspiré, je ne m'en inquiète pas ici, a voulu assurer l'union dans les familles françaises qui lui sont soumises. Il a voulu protéger ses nationaux dans un intérêt de famille contre tels ou tels

<sup>1</sup> Portalis a fait ressortir les inconvénients économiques considérables des substitutions fidéicommissaires lors de la discussion du Code civil : Voir Loqué, t. XI, p. 359 à 361.

dangers, soit; mais il ne lui appartient pas apparemment de prendre de semblables mesures de protection personnelle à l'égard des étrangers : leur législateur doit être laissé souverain juge sur ce point. Si donc il a cru devoir leur permettre sans danger, en s'inspirant des mœurs et de la civilisation de son pays des stipulations qui nous ont été interdites à nous, Français, parce qu'elles ont paru contraires au bon ordre dans la famille telle que nous la comprenons, pourquoi ne seraient-elles pas valables en France puisque l'organisation économique de la propriété, le crédit public, ni les bonnes mœurs ne sont intéressés dans la question? Décider autrement, c'est d'abord ne pas vouloir tenir compte de manifestations de volonté valablement émises, et c'est ensuite prendre la permission de contrôler, droit que nous n'avons pas, le bien fondé des règles admises en pays étranger en négligeant à tort d'en tenir compte en tant qu'on veut s'en prévaloir chez nous.

Ce sont là pourtant les conséquences qui sont admises par les décisions de la jurisprudence française. Elle défend les substitutions fidéicommissaires et va jusqu'à ne pas permettre non plus que les étrangers puissent déroger aux règles de notre loi sur la réserve et la quotité disponible. Une fois entrés dans cette voie, nos tribunaux ne savent plus guère où s'arrêter, et nous en avons un exemple frappant dans une affaire qui a eu son dénouement dernier devant la Chambre civile de la Cour de cassation le 4 avril 1881<sup>1</sup>. Une femme étrangère qui s'était mariée sans contrat<sup>2</sup> dans son pays, et qui devait être ainsi réputée, selon sa volonté présumée, avoir suivi les dispositions de la loi étrangère comme règle de l'association conjugale, prétendit réclamer sur un immeuble du mari situé en France le douaire qui lui appartenait d'après la loi étrangère, et que son mari avait réglé dans son testament en lui léguant, droit que lui reconnaissait la loi de

<sup>1</sup> Cass. 4 avril 1881. Sirey, 1883, I, 65. Note de M. Louis Renault.

<sup>2</sup> Qu'il y ait contrat de mariage ou non, peu importe : les solutions à donner au point de vue qui est ici le nôtre sont les mêmes, puisque, ainsi que nous l'établirons, et que l'admet d'ailleurs notre jurisprudence, le régime légal est fondé sur l'idée d'une convention tacite. Tacite ou expresse, la convention est évidemment de même nature, et doit produire les mêmes effets.



son pays, à titre de douaire conventionnel, une valeur plus considérable que celle du douaire légal. Le tribunal de la Seine admit en principe la prétention de la femme, mais considérant le douaire conventionnel, en tant qu'il dépassait le taux du douaire légal, comme une libéralité, il en restreignit l'étendue en tenant compte sur cet excédent de valeur des règles françaises sur la quotité disponible et la réserve. Comme le fait remarquer très exactement le savant annotateur de la décision, le point de départ admis par le tribunal était juste, mais sa solution n'était pas logique. Etant donné en effet que, d'après la loi étrangère applicable dans l'espèce, le douaire même fixé par le mari n'est pas une libéralité, mais ne constitue qu'un règlement de l'association conjugale, il fallait appliquer jusqu'au bout la loi étrangère sur le régime matrimonial. Nous ajouterons qu'à notre avis il eût fallu la suivre jusqu'au bout, même au cas où le douaire réglé par le mari eût dû être considéré comme une libéralité sans faire intervenir les règles françaises sur la réserve. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel de Paris et après elle la Cour de cassation n'admirent pas même le point de départ du raisonnement du tribunal de la Seine. La femme étrangère, dirent ces tribunaux, peut bien se prévaloir d'une libéralité en France dans les limites du disponible, mais elle ne peut pas réclamer sur un immeuble du mari le douaire que lui reconnaît sa loi, parce que les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers étant régis par la loi française, il en résulte qu'on ne saurait prétendre exercer sur eux *des droits que ne reconnaît pas cette loi*. Voilà donc que le droit au douaire <sup>1</sup> devient, d'après notre jurisprudence, une sorte de droit incompatible avec l'organisation économique de la propriété chez nous, comme le serait une substitution fidéicommissaire, ou bien encore un droit ayant un

<sup>1</sup> Dans l'ancien droit le douaire conventionnel étendait ses effets sur les biens du mari, quelle que fût leur situation. Il n'avait pas d'effet toutefois à l'encontre des prohibitions des coutumes locales. V. not. Froland, *Mémoires sur les statuts*, partie 2, chap. XI. — Quant au douaire coutumier, on en limitait généralement les effets à la coutume qui l'avait établi. Bouhier, déjà, proposa une doctrine contraire, tendant à traiter le douaire coutumier comme le douaire conventionnel. V. Bouhier, *Observat. sur la Cout. de Bourgogne*, chap. XXVI, p. 521 et 522.

caractère féodal. Mais pour être logique, pourquoi ne dit-on pas que, pour des immeubles situés en France, il n'y a jamais à tenir compte d'une autre loi que de la loi française? Nos tribunaux cependant ne vont pas jusque-là, et la solution qui précède comme celles que je n'analyse pas, toutes s'expliquent, leurs motifs en sont la preuve, par la portée exagérée que l'on est enclin à donner dans notre pratique française à la notion d'ordre public et par l'assimilation que l'on établit à tort, sans faire de distinction à ce point de vue, entre les nationaux et les étrangers. Mais alors, en faisant intervenir trop souvent ces sortes de considérations si vagues et si complaisantes tirées de l'ordre public, on aboutit, pour peu qu'on y ajoute que l'intérêt des nationaux ne saurait être blessé par l'application d'une loi étrangère<sup>1</sup>, à admettre des principes de droit international privé qui n'ont plus de portée pratique sérieuse puisque l'on recule devant la plupart des conséquences logiques qu'ils entraînent. Le résultat pratique n'est pas sensiblement différent de celui auquel on est plus directement conduit en adoptant avec franchise la doctrine qui nie l'existence du droit international privé et n'applique la loi étrangère que par courtoisie et à condition qu'il n'en résulte aucune lésion pour les nationaux. Dans cette opinion, le droit s'efface dès l'abord pour faire place à l'arbitraire des décisions judiciaires; dans celle qui est trop souvent adoptée par notre pratique et qui est encouragée par beaucoup d'interprètes on admet l'existence d'un droit dont on ne veut pas, quand ils déplaissent, accepter les effets.

Jusqu'ici nous avons supposé que le contrat de mariage était intervenu soit entre nationaux, soit entre étrangers capables, au moment du contrat, d'après leur loi personnelle, d'adopter les clauses qui y ont été insérées. Mais il peut arriver, le mariage devant avoir lieu entre personnes de nationalités différentes, que la femme n'ait pas au moment du contrat la même capacité que le futur mari. Supposons donc que telle stipulation portée au contrat soit valable d'après la loi du futur mari, mais ne soit pas permise par la loi personnelle de la femme, et demandons-nous si cette stipulation doit être dépourvue d'effet. On est tenté de

<sup>1</sup> V. not. Cass. 20 février 1882, Sirey, 1882, I, 145.

répondre affirmativement à cette question, car c'est au moment même où l'acte est passé qu'il faut que les parties qui contractent soient capables. J'aurais peine cependant à souscrire pour mon compte à cette solution rigoureuse. Je remarque, en effet, que le contrat de mariage, n'aura son efficacité que si le mariage a lieu et que, par conséquent, les effets en sont suspendus jusqu'à la célébration, époque à laquelle la femme prendra la nationalité du mari. J'en tire cette conclusion qu'il faut attribuer validité à toutes les stipulations qui sont permises par la loi de cette nationalité qui devient au jour du mariage la loi commune aux deux époux.

Quoi qu'il en soit, nous venons, dans les développements qui précèdent, d'indiquer le caractère au point de vue international que doivent avoir, à notre avis, les restrictions apportées par la loi française au principe de la liberté des conventions matrimoniales, et nous avons fait connaître la valeur qu'il convient de donner chez nous aux stipulations qui seraient interdites par notre législateur, mais qui sont, au contraire, permises par celui d'un pays étranger. Supposons maintenant que ce dernier, se montrant plus restrictif que le nôtre, ait défendu à ses nationaux, à l'exemple du Code civil italien, de stipuler tel régime matrimonial déterminé, ou même ait rendu le régime légal obligatoire, comme cela se produit notamment dans certains cantons suisses. Ces dispositions, si blâmables qu'on les juge en raison, doivent-elles suivre partout les personnes pour qui elles ont été faites ? Oui, répondrons-nous, car ce sont là des lois qui viennent restreindre l'autonomie de la volonté des parties et qui les frappent d'une incapacité pour des motifs que leur législateur national avait seul à apprécier, et dont il doit être considéré comme le

<sup>1</sup> La Coutume de Normandie prohibant la communauté, une question analogue à celle qui s'élève aujourd'hui en droit international privé s'était jadis posée dans les rapports des Coutumes diverses, et avait été vivement débattue. En Normandie on décidait que la Coutume s'imposait tant aux Normands qui se mariaient soit dans la contrée, soit au dehors, qu'aux étrangers qui se mariaient en Normandie. A Paris on suivait une doctrine tout opposée, et Bauhier donna la véritable solution du problème en considérant la prohibition de la Coutume normande comme constituant une incapacité personnelle n'atteignant que ses habitants. V. Bauhier, *Observat. sur la Cout. de Bourgogne*, ch. XXI, p. 394, 395.

meilleur juge. Il ne nous appartient pas à nous, législateurs et tribunaux étrangers de les réformer, car nous permettrions à ceux qui y sont soumis de s'en affranchir. Et puis, à côté de ces raisons d'ordre élevé, viennent s'en joindre d'autres de pur intérêt pratique. Qu'arrivera-t-il donc si nous n'acceptons pas chez nous les effets de la loi étrangère et si nous ne tenons aucun compte de ses prohibitions ? Ce que nous y gagnerons de plus clair, le voici : c'est que les nations étrangères nous répondront en affranchissant chez elles nos nationaux des lois prohibitives françaises dans la mesure où il leur sera possible de le faire sans inconvénient pour l'ordre public tel qu'elles le comprennent. L'intérêt réciproque des nations se joint donc à la raison pour nous faire admettre que les prohibitions du genre de celles dont nous parlons doivent s'attacher aux personnes et les accompagner en tous lieux.

Cependant, si nous consultons les arrêts de notre jurisprudence, nous avons encore le regret de nous trouver en désaccord avec elle. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1857, notamment <sup>1</sup>, ratifiant les décisions du tribunal de la Seine et de la Cour de Paris, décide en effet, d'une part, ce qui ne saurait faire de doute en principe, que la nationalité étrangère des époux n'est pas un obstacle à l'adoption du régime matrimonial français de droit commun, et d'autre part, ce qui nous semble inadmissible, que cette adoption leur est possible, même quand la loi du pays auquel ils appartiennent leur défend de se référer à la nôtre. Pourquoi ? Écoutons les motifs. « Attendu, dit la Cour de cassation, que le statut dont il s'agit n'a point pour objet de régler la capacité ou l'incapacité *générales* des personnes, *puis- qu'il ne leur interdit qu'une espèce de convention, celle de communauté... qu'il a pour objet de fixer le sort des biens... et par là d'en assurer la conservation dans la même famille ; qu'ainsi la prohibition constitue un statut réel....* » Cet arrêt est critiquable tout à la fois dans sa solution, et dans les motifs qu'il invoque à son appui. En prétendant que la loi qui n'établit qu'une incapacité spéciale est un statut réel, èt que celle-là seule

<sup>1</sup> Sirey, 1857, I, 247. Aj. Aix, 27 novembre 1854, Sirey, 1856, II, 222 et V. égal. Cass. 20 fév. 1882, Sirey, 1882, I, 145.

est un statut personnel qui se réfère à la capacité ou à l'incapacité générales des personnes, la Cour qui s'approprie la définition mauvaise du statut personnel donnée par Fœlix <sup>1</sup>, ne fait rien autre chose que ressusciter une doctrine imaginée jadis par les réalistes imbus d'idées féodales pour contester à la personnalité des lois son véritable domaine, et qui était d'ailleurs abandonnée déjà dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence <sup>2</sup>. Si on pouvait à la rigueur la comprendre autrefois, elle est devenue insoutenable aujourd'hui en présence du texte de l'art. 3 du Code civil. Quant à la doctrine admise par la Cour suprême, elle est également critiquable en elle-même. Que l'on suppose, en effet, que les époux possèdent des biens tout à la fois en France et dans leur pays, et l'on voit aussitôt que ces biens vont obéir à des règles différentes d'après leur situation respective. Y eût-il de très bonnes raisons pour accepter une pareille solution, le résultat anormal qu'elle entraîne nous conduirait à rechercher des moyens qui pussent en contrebalancer la valeur et permettre de les écarter, mais je crois avoir démontré qu'il n'est même pas besoin de recourir à de pareils procédés.

Faisons un pas de plus : supposons qu'un contrat de mariage valable ait été dressé, et qu'il indique expressément la loi qui doit gouverner le régime des biens des époux, ou tout au moins contienne, ce qui est une question de fait à résoudre, des indications suffisantes pour permettre de la connaître avec certitude. Recherchons alors quelle va être l'étendue d'application de cette loi.

La loi choisie par les parties, outre qu'elle déterminera tout ce qui a rapport à la cause, à l'objet, au consentement <sup>3</sup>, ce qui n'est que l'application au contrat de mariage des règles

<sup>1</sup> Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 43.

<sup>2</sup> V. not. Froland, *Mémoires sur les statuts*, partie 1, chap. V, t. I, p. 99 et 100.

<sup>3</sup> Cette doctrine n'est pas admise en Italie où l'on décide que les conventions matrimoniales expresses doivent être régies, au point de vue de leur substance et de leurs conditions de validité, par la loi nationale des époux. On en donne ce motif que le contrat de mariage est trop intimement lié au mariage, pour qu'une même loi ne leur soit pas appliquée au point de vue que je viens de dire. V. Fiore, *Droit intern. privé*, § 326. — L'art. 6 du Code civil italien soumet d'ailleurs à la loi nationale l'état, la capacité et les rapports de famille des personnes. Asser adopte le système italien. *Éléments de droit international privé*, § 51 et 49.

de droit commun qui régissent tous les contrats, nous dira si les époux peuvent subordonner à une condition ou à un terme le régime qu'ils ont adopté. C'est elle qui fixera la condition des biens, les pouvoirs du mari, les règles sur les récompenses, les remplois, les reprises, les renonciations. C'est elle qui déterminera enfin tout ce qui concerne la liquidation des droits respectifs des époux. Voilà tout autant de points qui devront être réglés conformément à la loi que les parties ont choisie, en quelque lieu que leurs biens soient situés<sup>1</sup>. Il semble qu'il ne puisse guère s'élever de doute à ces divers points de vue. De là il résulte que si, par exemple, des époux français ont adopté le régime de communauté tel qu'il est réglementé par le Code Napoléon, cette communauté française devra s'appliquer aux biens situés à l'étranger même dans un pays qui, comme l'Italie, n'admettrait pas ce régime<sup>2</sup>. Nous dirons à l'inverse que des époux étrangers pourront se prévaloir en France de leurs conventions matrimoniales, alors même qu'elles ne concordent pas avec les régimes qui sont pratiqués chez nous. La jurisprudence française a eu, à diverses reprises, à consacrer ce principe, et elle en a à bon droit reconnu l'exactitude<sup>3</sup>.

On peut se demander si ce qui est vrai de la communauté est également exact pour le régime dotal ? Ne faut-il pas dire plutôt que ce dernier régime est une dépendance du statut réel, en tant tout au moins qu'il crée une inaliénabilité, de telle sorte qu'il faille appliquer aux biens, et particulièrement aux immeubles la

<sup>1</sup> Cette règle est admise même par les Anglo-Américains, qui, à raison des principes réalistes qu'ils professent, y apportent toutefois, en matière immobilière surtout, d'importantes restrictions. Story « On the conflict of laws » s'exprime ainsi : « Where there is any special nuptial contract between the parties, that will furnish a rule for the case, and, as a matter of contract, ought to be carried into effect every where, under the general limitations and exceptions belonging to all other classes' of contracts. » § 159 et 184. — Westlake « On private international law » nous dit de son côté : « If the marriage be accompanied by a settlement or express contract relating to property, the validity of such settlement or contract, will be determined on the same principles which would apply to any other contract... » § 32, *in fine*.

<sup>2</sup> Cette solution est admise en Italie, Fiore, § 328.

<sup>3</sup> Paris, 4 août 1853, Sirey, 1854, II, 780. Cass. 20 avril 1869, Sirey, 1869, I, 359. Comp. Bordeaux, 2 juin 1875, Sirey, 1875, II, 10.

loi de leur situation. Cette question était diversement résolue dans notre ancien droit français <sup>1</sup>, alors qu'il s'agissait de conflits entre coutumes locales, et cette divergence n'est pas sans jeter quelque obscurité sur la doctrine qui doit être admise aujourd'hui. Fœlix <sup>2</sup> décide de la manière la plus formelle que c'est le statut réel qui gouverne l'inaliénabilité des immeubles dotaux, et il invoque, à l'appui de sa thèse, l'art. 3 du Code civil. Puisque les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, c'est, nous dit-il, cette loi qui doit leur être appliquée et déterminer leur condition dans le régime dotal. De même si des époux français ont des immeubles dotaux en pays étranger, ceux-ci seront régis par la loi du pays de leur situation. C'est qu'en effet la question de savoir si l'immeuble dotal est aliénable ou inaliénable est une question de disponibilité, qui intéresse le régime de la propriété foncière dans un pays, et qui doit être tranchée comme toutes les questions de ce genre par le statut réel. Cette opinion est celle qui est le plus souvent suivie par les décisions de la jurisprudence fran-

<sup>1</sup> La théorie de l'incapacité dotale était acceptée dans l'ancien droit français par Bouhier et Froland. V. Bouhier, *Obs. sur la Cout. de Bourgogne*, ch. XXVII, t. I, nos 14 à 20. — Froland, t. II, des *Mémoires concernant les statuts*, p. 1007. Elle est suivie en Italie, notamment par Rocco (*Trattato di diritto internazionale priv.*, liv. III, chap. XXIII, p. 557 et suiv.; en France par M. Colmet de Santerre sur Demante, t. VI, n° 232, bis. I, en Allemagne notamment par Bar (*Das internat. privat- und strafrecht*). Cet auteur au § 95 qui porte la rubrique : « Handlungsfähigkeit der Ehefrau. Veräußerung des *Fundus dotalis* » nous dit : « Die Frage, ob und in wie weit die Frau als handlungsfähig zu betrachten sei, ist allein nach der *lex domicilii* zu beurtheilen... Das nach Römischen Rechte bestehende Veräußerungsverbot des Dotalgrundstückes ist ein besonderer Fall partieller Handlungsunfähigkeit : die Ehegatten haben hier in der That nicht die Befugniss- mit Ausnahme gewisser Fälle-über ein Stück ihres Vermögens unter Lebenden zu verfügen. Es folgt daraus, dass das nach der *lex rei sitæ* bestehende Veräußerungsverbot auf ausländische Eheleute sich nicht bezieht, nach deren heimatlichen Gesetzen die Veräußerung erlaubt ist. Der specielle Schutz, welchen das Gesetz den Eheleuten hier verleihen will, kann nicht auf Fremde erstreckt werden, nach deren heimatlichem Rechte ein solcher schutz überflüssig oder gar schädlich erscheint... » — La théorie de l'indisponibilité soutenue chez nous par Durantou, t. I, p. 52, par Troplong, *Du contrat de mariage*, IV, 331, 7, est admise par les Anglo-Américains.

<sup>2</sup> Fœlix, *Traité de droit international*, t. I, p. 124.

caise<sup>1</sup>. A l'opposé, un assez grand nombre d'interprètes français, et notamment l'annotateur de Fœlix, M. Demangeat<sup>2</sup>, rattachent au contraire la condition des biens dotaux au statut personnel. L'inaliénabilité, fait-on remarquer dans cette doctrine, est bien plutôt une question de capacité que d'indisponibilité, car le but de la loi est, en l'établissant, de protéger la femme dotale, tant dans son intérêt personnel que dans celui de la famille, comme on protège le mineur en le rendant incapable. Il est, à mon avis, beaucoup plus exact de dire que la condition des biens dotaux ne rentre ni dans le statut réel ni dans le statut personnel, mais reste soumise, comme toute autre convention matrimoniale, à l'empire du principe d'autonomie<sup>3</sup>. Ce n'est pas la loi qui crée l'inaliénabilité des biens dotaux, ce sont les époux, en adoptant un régime dotal qui la comporte, qui en réalité la stipulent. Cela est si vrai que tout en adoptant ce régime, rien ne s'oppose, s'ils le veulent, à ce qu'ils écartent le principe d'inaliénabilité de la dot, ou le modifient. Ils peuvent même le transporter dans un autre régime. Ce raisonnement me semble le plus exact de tous, et j'en conclus que les clauses qui fixent la condition des biens dotaux, basées sur la volonté, comme toutes autres conventions matrimoniales, produisent leurs effets en tous lieux. Le régime dotal ne différant pas, en d'autres termes, au point de vue de sa nature conventionnelle, des autres régimes matrimoniaux, doit développer ses conséquences partout, à moins cependant, ce qui va de soi, qu'il ne s'agisse d'un pays où le législateur, non seulement n'admet pas l'inaliénabilité, mais la prohibe comme contraire à l'ordre public et à l'organisation économique de la propriété, telle qu'il l'a comprise<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cass. 27 fév. 1817, Sirey, 1817, I, 122; Cass. 2 mai 1825, Sirey, 1825, I, 225. Cass. 11 avril 1834, Sirey, 1834, I, 241; Cass. 3 mars 1840, Sirey, 1840, I, 630; Cass. 5 juillet 1842, Sirey, 1842, I, 68.

<sup>2</sup> Demangeat sur Fœlix, t. I, n° 90, note a et p. 124 note b.

<sup>3</sup> C'est le raisonnement qui a été admis dans un jugement du tribunal de Boulogne-sur-Mer, du 11 février 1854 (D. 1854, III, 37). Il a été jugé qu'une femme étrangère pourrait opposer en France la législation de sa patrie sur le contrat de mariage, qui admet l'inaliénabilité et l'insaisissabilité des objets mobiliers d'ornement ou seulement d'usage personnel. Ces règles, dit le tribunal, dérivent du régime légal, mais elles ont la même valeur que si elles avaient été inscrites dans un contrat de mariage exprès.

<sup>4</sup> V. Brocher, *Cours de droit international*, t. II, chap. V, n° 187. —



En recherchant l'étendue d'application pratique de la loi qui régit les conventions matrimoniales, je viens de supposer qu'un contrat de mariage valable avait été rédigé, et indiquait expressément cette loi, ou tout au moins contenait des renseignements permettant de la connaître avec certitude. Mais il peut arriver qu'il en soit autrement et que le contrat de mariage ne révèle rien de l'intention des époux à notre point de vue. En pareil cas, il convient de se demander comment la loi du régime matrimonial devra être déterminée, c'est-à-dire de se poser une question qui se présente dans toute son ampleur au cas où les époux se sont mariés sans contrat. C'est l'hypothèse qui doit faire désormais l'objet de notre examen.

§ 2. — *Les époux n'ont pas rédigé de contrat de mariage.*

Les époux n'ayant pas rédigé de contrat de mariage, quelle loi doit être appelée au règlement de leurs intérêts pécuniaires? Cette difficile question qui mit jadis aux prises les réalistes et les personalistes, et qui fut l'occasion de l'immense tournoi juridique que nous avons raconté à grands traits au début de ce travail, n'est pas moins vivement débattue de nos jours qu'elle le fut autrefois.

Voici venir en effet tout un groupe de doctrines où l'on s'inspire des précédents historiques et où l'on voit soutenir tantôt la doctrine de la réalité du statut des conventions matrimoniales, tantôt celle de la personnalité.

Les champions contemporains de la vieille doctrine réaliste n'habitent guère le continent européen, on les trouve en Angleterre et en Amérique. D'après eux soit qu'il s'agisse d'immeubles, soit qu'il s'agisse de meubles, la loi qui doit être appliquée aux biens est celle de leur situation. Pour les immeubles, qui ont une assiette fixe, c'est la loi de leur situation réelle qui devra être prise en considération. S'agit-il, au contraire des meubles, il ne peut plus être question, à raison même de la facilité avec laquelle Demolombe, *Cours de Code civil*, t. I, nos 85 et 86. — MM. Aubry et Rau. t. I, § 31, no 20 disent : que les immeubles dotaux sont frappés non d'une prohibition légale, mais d'une simple interdiction conventionnelle d'aliéner, V. égal. Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 693. — Despagnet, *Précis de droit international privé*, p. 450.

ils peuvent être déplacés, de suivre la même règle, mais on leur assigne une situation fictive au lieu du domicile de leurs propriétaires. Les Anglo-Américains, en adoptant cette idée, qui était suivie par un bon nombre d'anciens jurisconsultes, notamment pour le règlement des successions mobilières, répudient l'opinion de ceux qui, considérant les meubles comme des accessoires de la personne, leur appliquaient le même statut qu'à cette personne elle-même. En raisonnant comme ils le font, les règles qui régissent le mobilier, même envisagé dans ses rapports avec les personnes, deviennent donc des dépendances du statut réel <sup>1</sup>.

Mais comment déterminer ce domicile auquel les biens meubles vont être réputés situés? Ici c'est à l'intention des époux qu'on se réfère et l'on s'attache à la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire à la loi du lieu où les époux entendent fixer le centre principal de leurs affaires. C'est là le seul rôle, certes secondaire et bien effacé, que joue la volonté dans le système Anglo-Américain <sup>2</sup>.

Quant aux arguments invoqués, nous les connaissons déjà : la

<sup>1</sup> Westlake : « The effect of marriage on English land in the absence of express contract is governed by the law of England... In the absence of express contract the law of the domicile regulates the rights of the husband and wife in the movable property... (*Private int. law*), § 31, 32. — Story : « Where there is no express contract the law of the matrimonial domicile will govern as to all the rights of the parties, their present property in that place, and as to all personal everywhere, upon the principle that movables have no situs, or rather that they accompany the person everywhere. As to immovable property the law *rei sitæ* will prevail. » (*Conflict of laws*), § 186. — Phillimore semblerait poser une règle d'après laquelle, la loi du domicile matrimonial devant s'appliquer aux immeubles comme aux meubles, le régime légal serait une dépendance du statut personnel : « The principle, dit-il en effet, that the law of the matrimonial domicile will govern the rights of the husband and wife as to their property. » (*Private int. law*), t. IV, § 476. Mais, malgré son apparence de généralité, la règle posée ne s'applique qu'aux meubles. V. § 477 et suiv. — Comp. Laurent, *Droit civil international*, t. V, § 239 *in fine*.

<sup>2</sup> Wharton : « This place of performance is the matrimonial domicile to which husband and wife jointly propose to repair. » (*Conflict of laws*, § 192). — Story : « But suppose a man domiciled in Massachusetts should marry a lady domiciled in Louisiana, what is then to be deemed the matrimonial domicile? Foreign justice would answer that it is the domicile of the husband if the intention of the parties is to fix their residence there, and if the residence is intended to be in some other place, as in New-York, there the matrimonial domicile would be in New-York. » (*Conflict of laws*, § 184).

doctrine de d'Argentré, que j'ai exposée par avance, nous met à même de les apprécier; il suffit ici de s'y référer.

Nous venons de voir que la volonté des époux n'est pas sans exercer une influence modeste et indirecte sur la fixation du régime légal, même dans la doctrine des Anglo-Américains, puisque c'est elle qui détermine le domicile matrimonial, et par conséquent la loi qui doit être appliquée aux biens mobiliers. Il existe donc, dans cette mesure une convention, et de même qu'il est universellement admis qu'un contrat de mariage exprès est indépendant du changement de domicile ou de nationalité des parties contractantes, de même la convention dont nous parlons doit être logiquement à l'abri de ces divers événements. C'est ce que décident, à bon droit, la plupart des jurisconsultes, et bon nombre de décisions de jurisprudence rendues tant en Angleterre qu'en Amérique<sup>1</sup>. Mais il ne faudrait pas croire qu'il y ait unanimité sur ce point. Il est, en effet, des arrêts qui ne sont pas généralement les plus récents, et des auteurs qui, répudiant la conséquence logique du principe qu'ils admettent pour la fixation du domicile matrimonial, se montrent tellement hostiles à toute idée de convention tacite pour expliquer le régime légal, qu'ils vont jusqu'à soutenir qu'en cas de changement de domicile au cours du mariage, ce doit être la loi du nouvel établissement qui doit être suivie pour la fixation des droits des époux relatifs aux biens mobiliers qu'ils ont pu acquérir postérieurement à ce changement. Quant aux immeubles, il va de soi qu'ils continuent à obéir à la loi de leur situation<sup>2</sup>.

Il n'est guère besoin d'insister sur les inconvénients pratiques d'une pareille doctrine, qui, sous prétexte de répudier toute convention tacite, met la femme à la discrétion du mari, en permettant à celui-ci, par un changement de domicile, de modifier

<sup>1</sup> Westlake : « The law of the domicile referred to will be declared to be that of the matrimonial domicile, even although another domicile may have been adopted between the date of the marriage, and that when the property in question was acquired. » (*Private intern. law*), § 32.—Phillimore, (*International law*), t. IV, § 479.

<sup>2</sup> Story : « But where there is a change of domicil, the law of the actual domicil and not of the matrimonial domicil, will govern as to all future acquisitions of movable property, and as to all immovable property the law *rei sitæ*. » (*Conflict. of laws*), § 187.

à son gré les conséquences pécuniaires du mariage, sur lesquelles elle avait pu fonder de très légitimes espérances. Les juristes réalistes qui répudient cette solution échappent sans doute à ce reproche, mais il n'est malheureusement pas le seul et il en est un des plus graves que l'on peut adresser à tous. En acceptant, en effet, le système réaliste, et en disséquant en quelque sorte le patrimoine des époux en autant de portions distinctes qu'il y a de biens situés dans des pays différents, on aboutit à rompre l'unité qui doit de toute nécessité, l'équité et la raison l'exigent, présider au règlement des intérêts pécuniaires des parties.

Quoi qu'il en soit, cette doctrine, qui n'est plus soutenue sur le continent européen, s'explique surtout par l'influence profonde qu'exercent les idées féodales tant en Angleterre qu'en Amérique. La personnalité des lois y fait cependant des progrès, et même il n'est pas inouï de voir intervenir dans les décisions judiciaires l'idée de convention tacite, pour prétendre que les droits que la femme a acquis par une convention de cette nature, à laquelle elle a été partie en choisissant le domicile matrimonial, ne sauraient être compromis par la suite par le fait du mari<sup>4</sup>.

Mais laissant de côté la doctrine réaliste, et revenant sur le continent européen, exposons désormais l'opinion des juristes qui rattachent la fixation du régime légal au statut personnel. Cette opinion, qui est soutenue en Italie, en Suisse, en Allemagne, en Hollande, etc..., et compte également chez nous de nombreux défenseurs, divise les juristes qui l'adoptent en deux camps très distincts. L'un comprend les auteurs italiens, l'autre renferme notamment les français.

Voici le raisonnement des premiers. Le régime légal, disent-ils, est une conséquence de la loi qui régit le mariage lui-même et ses effets. Or le mariage relève du statut personnel puisqu'il détermine l'état et la capacité des personnes qui s'unissent, donc c'est la loi qui régit le mariage qu'il convient d'appliquer au régime légal puisqu'il n'en est que l'accessoire. C'est le raison-

<sup>4</sup> Décision de la Cour de New-York, *Bonati, c. Welch*. Cette décision est rapportée notamment par Kelly : « *The french law of marriage and conflicts*. p. 83, 84. L'auteur approuve l'idée de convention tacite, et déclare la décision rendue fondée sur une doctrine irréfutable.

nement que faisait déjà Boullenois dans notre ancienne France, mais tandis qu'il n'y prévalut pas, il faut reconnaître qu'il s'impose de nos jours à toute une classe de jurisconsultes modernes, ce sont ceux de l'Italie. Le Code civil italien portant en effet dans son art. 6 que « l'état et la capacité des personnes *et les rapports de famille* seront régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent », entend assimiler, les travaux préparatoires en font foi, les relations de famille d'ordre pécuniaire aux rapports purement personnels. C'est donc la loi nationale des époux qui détermine, au moment du mariage, à quel régime, à défaut de contrat, ils devront être soumis<sup>1</sup>. J'ai déjà eu l'occasion de critiquer les dispositions du Code civil italien, en tant qu'il a cru devoir restreindre l'autonomie de la volonté chez les époux qui rédigent un contrat de mariage, en leur défendant d'adopter certains régimes, mais, tout en reconnaissant qu'il n'y a que peu d'occasions de formuler des critiques contre l'œuvre législative italienne, qui se présente à nous comme étant une révision le plus souvent heureuse du Code civil français de 1804, il me semble cependant que la disposition que je viens de signaler ne saurait être encore approuvée. Dire que le mariage qui détermine l'état des personnes est une dépendance du statut personnel et que la réglementation de ses conditions de validité et de ses effets se place en dehors du champ d'application de la volonté privée, cela n'est pas contestable; mais il me paraît rationnellement inadmissible de rattacher à ce même statut le régime matrimonial des époux. C'est en effet le mettre lui aussi au-dessus de la volonté, ce qui, à mon avis, ne saurait se concevoir.

Cette critique, je l'adresse également à tous ceux des jurisconsultes d'Autriche, de Suisse, d'Allemagne qui, comme Mommсен<sup>2</sup>, préconisent la même doctrine, avec cette seule différence qu'on se divise dans ces pays sur le point de savoir si le statut personnel, à notre point de vue, doit être déterminé par la législation du domicile d'origine, ou par celle du domicile d'habitation, c'est-à-dire du domicile matrimonial.

<sup>1</sup> V. not. Esperson, *Le droit international privé en Italie* (Journ. du droit int. privé, 1881, p. 214). — Fiore, § 323 et suiv.

<sup>2</sup> V. *Archiv. für die civilit. Prax.*, t. 61, p. 151 et 182.

Etant donné que le régime des biens entre époux devient dans ce système une dépendance du statut personnel, il semblerait logique d'admettre que ce régime doive l'accompagner dans ses variations, résultant pour les uns d'un changement de nationalité, pour les autres d'un changement de domicile. Et cependant législateurs, auteurs et décisions de jurisprudence, reconnaissant tout le danger pratique de leur doctrine, reculent devant ses conséquences logiques et se prononcent très généralement pour l'immutabilité des conventions matrimoniales. Rien au contraire n'est plus facile que de la justifier pour ceux qui font reposer l'adoption du régime légal sur l'idée d'une convention tacite.

L'immutabilité des conventions matrimoniales s'explique donc logiquement chez ceux des jurisconsultes allemands et français, qui, formant le second groupe de personalistes, reprennent la thèse de Dumoulin. Ceux-ci, comme autrefois le grand jurisconsulte du XVI<sup>e</sup> siècle, établissant le fondement du régime légal sur une convention présumée de la part des époux qui se marient sans contrat, soutiennent qu'ils doivent être considérés comme s'étant référés à la loi du lieu où ils entendent établir le siège principal de leurs intérêts.

Cette doctrine qui, comme la précédente d'ailleurs, reconnaît l'unité des règles qui doivent présider au règlement des intérêts pécuniaires des parties, et qui a un incontestable avantage à ce point de vue sur le système réaliste, compte de nombreux défenseurs. Suivie en Allemagne notamment par Savigny <sup>1</sup>, en Hollande par Asser <sup>2</sup>, elle est admise chez nous par Demolombe <sup>3</sup>, MM. Aubry et Rau <sup>4</sup>, Rodière et Pont <sup>5</sup>, Guillouard <sup>6</sup>, etc... Les opinions de ces divers interprètes varient sans doute dans leurs détails, mais elles présentent un trait caractéristique commun. Elles établissent toutes *a priori* des sortes de présomptions, qu'elles

<sup>1</sup> Savigny, *Traité de droit romain*, traduct. Guénoux, t. VIII, chap. I, § 379.

<sup>2</sup> Asser, *Éléments de droit international privé*, § 48.

<sup>3</sup> Demolombe, *Cours de Code civil*, t. I, n<sup>o</sup> 87.

<sup>4</sup> Aubry et Rau, t. V, § 504 bis.

<sup>5</sup> Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, n<sup>o</sup> 36.

<sup>6</sup> Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, n<sup>os</sup> 336, 337.

érigent au rang de véritables présomptions légales, par lesquelles elles croient traduire exactement la volonté des parties, A mon sens cette manière de raisonner est inexacte, car elle aboutit en somme à soumettre, comme autrefois, la volonté que l'on prétend respecter, aux règles impératives d'un statut auquel on *affirme* que les époux ont entendu se référer. Je dis, que cela ne doit pas être sous peine de méconnaître en partie l'autonomie même de la volonté <sup>1</sup>.

Mais alors, quelles règles convient-il d'admettre? Le voici. Puisque notre législateur n'a pas dans l'art. 3 du Code civil reproduit en son entier l'ancienne théorie des statuts, et qu'il n'est pas notamment question dans ce texte des contrats, nous avons le droit incontestable de rompre en cette matière avec l'ancienne tradition, et d'édifier de toutes pièces une théorie qui s'en éloigne si elle nous paraît être meilleure. Comme l'avait déjà fait si justement remarquer Jean Voët dès le XVII<sup>e</sup> siècle, et comme l'art. 1387 de notre Code civil nous y invite en proclamant le principe de liberté de la volonté, il faut, pour déterminer le régime légal, faire abstraction complète des statuts personnel et réel pour ne tenir compte que d'un seul élément : la volonté des époux. Le régime légal n'est pas un statut, c'est une convention dont il faut accepter les conséquences logiques sans avoir la prétention de créer *à priori* des présomptions qui ne peuvent avoir d'autre effet que de les contrarier. Il n'y a point à rechercher un criterium là où tout se ramène à une simple question de fait et d'appréciation. Sans doute le domicile matrimonial, la nationalité des époux pourront être parfois, souvent même, de sérieux éléments de décision à prendre en considération par le juge, mais ce ne sont là que des raisons de décider qu'il faut se garder d'ériger en principes, et qu'on ne doit pas considérer comme suffisantes par elles-mêmes pour imposer une solution en tel ou tel sens. Telle est la seule vraie doctrine <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Fœlix (*Traité de droit international*, I, n° 90) soutient que c'est la loi du domicile du mari au moment du mariage qui régit l'association conjugale quant aux biens.

<sup>2</sup> Barilliet, *Du conflit de la loi française avec les lois étrangères* résultant de l'absence de stipulations relatives au régime des biens entre

Elle est suivie par notre jurisprudence française qui applique suivant les circonstances tantôt la loi nationale des époux, tantôt celle du domicile matrimonial, voire même d'autres lois. Ces arrêts qui au premier abord paraissent inconciliables, sont au contraire des plus concordants si l'on admet la doctrine de la convention tacite dans toute son ampleur, qui est celle qui me paraît être la meilleure et qui est celle qui les a tous inspirés. Nous objectera-t-on que l'idée de convention tacite ne peut pas expliquer d'une manière satisfaisante le régime légal, par ce motif que des époux mineurs, qui ne seraient pas capables de passer par eux-mêmes un contrat exprès, devraient avoir le droit de demander la nullité du prétendu contrat tacite en tant qu'il entraîne des conséquences qui dépassent leur capacité? Évidemment non, car il suffirait pour mettre cette objection à néant de répondre que le mineur ne peut attaquer la convention tacite qui règle ses intérêts pécuniaires, dès qu'il a été assisté, et autorisé à contracter mariage conformément à sa loi personnelle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*.

Quant à la portée pratique de notre doctrine, nous dirons qu'elle doit s'appliquer dans tous les cas où la question de savoir quel est le régime adopté soulève un débat de droit international. Elle s'appliquera donc soit dans le cas où un français contracte mariage en pays étranger avec une française ou une étrangère, soit dans le cas où un étranger se marie avec une française ou une étrangère. Je n'établis dans cette dernière hypothèse aucune distinction entre le cas où l'étranger qui contracte mariage est ou n'est pas domicilié en France, dans les termes de l'art. 13 du Code civil. Il y a cependant des auteurs qui prétendent que dans ce dernier cas, si l'étranger est domicilié chez nous avec l'autorisation du gouvernement français et vient à s'y marier, l'ar-

époux. Laurent, *Droit civil international*, t. V, n° 240. — M. Weiss dans son *Traité de droit international*, tout en donnant peut-être trop d'importance à la loi nationale des parties, se rattache aussi à cette doctrine, V, p. 692. — V. égal. Ricaud, *Thèse de Doctorat 1887 sur les Régimes matrimoniaux en droit international*, et un article de M. Paquy, *Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence en France et à l'étranger*, année 1887.



ticle 1393 du Code civil qui à défaut de contrat de mariage valable, établit, entre les époux français qui se marient en France, le régime de communauté légale, lui est nécessairement applicable. C'est qu'en effet, dit-on, cet étranger domicilié en France conformément à l'art. 13, bénéficie des droits civils français : il doit donc en subir toutes les conséquences. J'avoue ne pas comprendre ce raisonnement. Je ne vois aucune liaison nécessaire entre l'art. 13, qui permet seulement à l'étranger privilégié dont il parle, d'échapper aux règles restrictives qui font aux étrangers ordinaires une condition à certains points de vue défavorable dans notre droit, et l'art. 1393 qui, uniquement écrit pour les Français qui se marient en France, conduit à admettre, en ce qui les concerne, des résultats pratiques parfois choquants. L'art. 13 veut faire à certains étrangers une condition favorable, et il ne me paraît pas possible d'admettre que le principe qui l'inspire puisse se tourner contre eux, et leur imposer un régime lorsque les circonstances particulières qui accompagnent le mariage protestent contre son admission. Tout doit être ici ramené à une question de fait : bannissons donc toutes les idées qui nous éloigneraient de cette règle si rationnelle et qui nous conduiraient à en restreindre la portée <sup>1</sup>.

Il resterait, puisque nous venons d'établir la règle qui permet de connaître le régime légal, à rechercher l'étendue d'application qu'elle doit comporter, mais c'est là une question qui ne doit pas nous arrêter. Le régime légal reposant, dirons-nous, sur une convention tacite et celle-ci étant évidemment de même nature qu'une convention expresse, la volonté des époux doit rencontrer dans les deux cas les mêmes limitations.

## F. SURVILLE.

<sup>1</sup> Pour la jurisprudence française sur la question du régime légal, se reporter notamment aux arrêts suivants : Cass. 29 déc. 1836, Sirey, 1837, I, 437. — Cass. 11 juillet 1855, S. 1855, I, 699. — Bordeaux, 2 juin 1875, S. 1875, II, 291. — Bordeaux, 24 mai 1876, S. 1877, II, 109. Cass. 15 juillet 1885, S. 1886, I, 225. — Aix, 7 février 1882, S. 1883, II, 110. Cass. 18 mai 1886, S. 1886, I, 243. Pau, 26 juillet 1886, S. 1887, II, 127. Paris, 5 février 1887, *Journ. du droit int. privé*, 1887, p. 190. — Seine. 5 avril 1887, *Journ. du droit intern. privé*, 1887 p. 334.

## BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES PREUVES EN DROIT  
CIVIL ET EN DROIT CRIMINEL,

Par M. Edouard BONNIER,

5<sup>e</sup> édition, revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence,Par M. Ferdinand LARNAUDE, agrégé à la Faculté de droit de Paris <sup>1</sup>,

Compte-rendu par M. PLANIOL, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Le *Traité des preuves*, de M. Ed. Bonnier, est depuis longtemps connu et apprécié du public, et de longs développements ne sont pas nécessaires pour le lui présenter.

Le sujet était vaste : la science du droit presque entière y pouvait passer. Il était plein d'intérêt, car, lorsqu'il y a litige, la question de preuve prime toutes les autres, l'énergie et l'efficacité du droit se trouvant suspendues par elle. M. Bonnier a traité son sujet avec un réel bonheur et bien d'autres déjà lui ont rendu justice <sup>2</sup>.

Son plan est d'une grande clarté. Après quelques notions générales sur les preuves, il divise la matière en trois parties. La première, intitulée *Expériences personnelles*, comprend les descentes sur les lieux et les expertises. La seconde a pour objet les *preuves* proprement dites, qui résultent du témoignage de l'homme, les unes orales, fournies au moment même du litige : dépositions de témoins, aveu, serment ; les autres écrites, préconstituées, actes sous seings-privés ou authentiques. La troisième partie traite des présomptions. Cette division si simple s'imposait. Pour se faire une conviction, le juge n'a d'autres moyens que ceux-ci : voir — croire — raisonner.

Enfin le livre se termine par quelques considérations sur l'effet rétroactif des lois en matière de preuves et sur les conflits de législations.

<sup>1</sup> 1 vol. in-8.

<sup>2</sup> Voir l'article très favorable de M. Valette, inséré dans le journal *Le Droit*, n<sup>os</sup> des 26-27 décembre 1862, et reproduit par MM. Hérol et Lyon-Caen dans l'édition posthume de ses *Mélanges*, t. 1<sup>er</sup>, p. 615.

Toutes les grandes questions pratiques que soulève la preuve pour l'état des personnes, pour les contrats de tout genre, enquêtes, aveu, serment, actes privés ou authentiques, plaintes en faux criminel et civil, autorité de la chose jugée, etc., y prennent place dans leur ordre logique, et cette vaste étude de droit positif est relevée par une conception philosophique de la théorie des preuves qui lui sert de préface, par des comparaisons fréquentes avec les législations étrangères, par des résumés historiques intéressants. Mais M. Bonnier, qui écrivait surtout pour les praticiens, n'a mis de métaphysique et d'histoire dans son livre que juste ce qui était nécessaire, et M. Valette le loue d'en avoir usé « sobrement ».

Le succès a été durable. Le *Traité des preuves* a paru pour la première fois en 1843; des éditions successives ont été données en 1852, en 1862, en 1873, et l'ouvrage a été plusieurs fois traduit à l'étranger. De son vivant l'auteur avait eu soin de le tenir au courant et de le remanier sur quelques points.

En présence d'un travail ainsi mûri, M. Larnaude a voulu respecter la forme dernière qui lui avait été donnée. Il s'est gardé d'y introduire des changements trop considérables qui auraient pu l'entraîner loin et altérer la physionomie du livre. Il a su néanmoins, au moyen d'additions nombreuses au texte et dans les notes, y faire entrer l'œuvre considérable accomplie depuis quinze ans par la législation, par la jurisprudence, par la doctrine, par l'histoire; les renvois bibliographiques sont au complet; les arrêts les plus récents sont signalés; et de petits astérisques indiquent au lecteur l'origine de ces renseignements complémentaires<sup>1</sup>.

Quelques exemples montreront l'importance de ces additions.

La diffamation envers les morts avait donné lieu à des discussions retentissantes. Elle dépassait de beaucoup le monde des jurisconsultes de profession, et touchait à des intérêts et à des questions que comprend le grand public, en mettant en cause la morale et l'histoire. C'était une vieille querelle qui avait passionné bien des gens, mais qui est aujourd'hui vidée, du moins

<sup>1</sup> Malgré ces augmentations, la nouvelle édition ne comporte qu'un seul volume au lieu de deux que comprenait celle de 1873.

en ce qui concerne le principe. La loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, a supprimé ce délit que la jurisprudence avait créé par extension des textes antérieurs ; mais elle a laissé subsister le droit d'action au profit des héritiers, lorsqu'ils se trouvent eux-mêmes atteints dans leur honneur ; et cette réserve soulève quelques difficultés que M. Larnaude examine et résout.

Le serment exigé en justice des jurés et des témoins a fourni lui aussi sa *question* aux amateurs de controverses. Le refus opposé par quelques personnes, qui trouvaient dans le serment religieux une affirmation contraire à leur conscience, a provoqué des projets de réforme, dont il était bon d'indiquer l'origine et les péripéties.

Enfin de nouveaux Codes de procédure civile ou criminelle ont été mis en vigueur dans quelques pays, et ces législations de fraîche date, qui ont profité des critiques de la doctrine et de l'expérience de la pratique, forment la matière de rapprochements instructifs.

L'ouvrage se présente ainsi tel que M. Bonnier l'aurait fait s'il l'avait écrit en 1887. Il sort rajeuni des mains de M. Larnaude, et quoiqu'il ait fourni une carrière de près d'un demi-siècle, ce qui est déjà une belle longévité pour un traité de ce genre, la présente édition pourrait fort bien n'être pas la dernière. Bien d'autres livres ont disparu dont le mérite était égal au sien, peut-être supérieur. Les éditeurs du *Traité des preuves* nous montrent qu'il suffit souvent de tenir un livre au courant pour l'empêcher de finir trop vite, et qu'avec de légers sacrifices on peut en prolonger la durée au-delà des bornes ordinaires.

M. PLANIOL.

---

*L'Editeur-Gérant* : F. PICHON.

---

## EXAMEN DOCTRINAL

## DROIT CIVIL

(Contrats à titre onéreux).

(Décisions publiées en 1887).

Par M. Marcel PLANIOL, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

- I. — Contrats entre époux : Echange, société commerciale ; généralisation de la question.
- II. — Pourquoi la charge de la preuve, en cas d'accident, doit retomber sur l'ouvrier, malgré la nature contractuelle de l'obligation du patron.
- III. — Le patron peut-il s'exonérer par une convention particulière de toute responsabilité en cas d'accident ?
- IV. — Responsabilité du locataire chez lequel l'incendie a commencé.
- V. — L'usufruitier est-il responsable en cas d'incendie comme le serait un locataire ?
- VI. — Quels étaient les droits des seigneurs sur les chemins publics en Bretagne ?

## I.

Contrats entre époux, échange, société. (Pau, 5 janvier 1885, Sir., 1887, II, 113; Cass. Req., 12 juillet 1887, Sir., 1887, I, 384).

La validité des contrats entre époux nous fait pénétrer sur un terrain mal exploré.

Devant la jurisprudence, la question se présente rarement, et quand cela arrive, c'est toujours sous un aspect spécial. Étudions d'abord les deux hypothèses que nous fournissent nos arrêts. Nous chercherons ensuite s'il est possible de formuler des solutions plus générales.

*A. Échange entre époux.* — La nullité a été prononcée en vertu d'un raisonnement bien simple : l'art. 1707 décide que, sauf les règles particulières établies pour l'échange dans les art. 1702 à 1706, ce contrat est soumis aux règles de la vente. Donc il ne peut avoir lieu entre époux, puisque la vente elle-même est prohibée par l'art. 1595.

Une objection sérieuse a été faite. Malgré la généralité absolue des termes de l'art. 1707 : *Toutes les autres règles de la vente...*, le renvoi est moins général que ne l'a pensé le législateur. Mal-

gré tout son désir d'assimiler les deux contrats, il n'a pu faire violence ni aux faits ni aux idées. On a signalé deux ou trois articles qui sont forcément inapplicables à l'échange, l'art. 1593 sur les frais, l'art. 1602 sur les pactes obscurs. Et ce ne sont pas les seuls : tous ceux qui supposent qu'un prix en argent a été payé sont dans le même cas, par exemple ceux qui donnent droit à une restitution partielle du prix en cas de perte partielle (art. 1601), ou de défaut de contenance (art. 1617), ou encore les diverses défenses portées par l'art. 1596, car les échanges ne se font pas aux enchères.

L'application à l'échange des règles de la vente est donc, en dépit de l'art. 1707, subordonnée à une identité de motifs. Quand cette identité fait défaut, elle devient impossible.

Si le Code a prohibé la vente entre deux époux, c'est pour les empêcher de se faire l'un à l'autre des libéralités cachées sous la forme d'une vente et qui se trouveraient en fait irrévocables, la preuve de la simulation étant souvent impossible.

Pourquoi donc la vente rend-elle ces fraudes si faciles?

C'est à cause du rôle différent que les deux parties jouent dans le contrat, l'une donnant un bien en nature, et l'autre de l'argent : Si la quittance du prix est donnée à celle-ci sans paiement réel, la prétendue vente se transforme en donation.

Ce danger est-il à craindre dans l'échange? Non, puisque la contre-partie de la chose reçue doit toujours être fournie en choses équivalentes, et que toute remise simulée est ici impossible. On peut feindre d'avoir reçu de l'argent, car l'argent fuit sans laisser de trace; on ne peut faire le même mensonge pour un immeuble quand on ne l'a pas reçu.

Je dis donc que l'hypothèse de l'échange rentre dans les exceptions permises par l'art. 1595. La loi a permis la vente dans certains cas, — ou plutôt elle a cru la permettre, car, ce qu'elle autorise, ce sont des dations en paiement et non des ventes. Pourquoi s'est-elle relâchée ici de sa sévérité? C'est que dans les cas prévus par elle l'échange réel de valeurs est certain : la chose soi-disant vendue est livrée, non pas contre un prix dont le versement pourrait être simulé, mais pour l'extinction d'une dette antérieure et indiscutable. L'époux vendeur, qui au lieu

de toucher le prix se trouve libéré de sa propre dette, reçoit donc réellement la contre-partie de ce qu'il donne; la fraude redoutée devient impossible, et l'opération est permise.

Or il en est de même dans l'échange : il n'y a aucun doute sur la réalité des prestations réciproques que se sont faites les époux.

Mais, dira-t-on, une fraude est encore à craindre : si les valeurs échangées ne sont pas égales, la différence alors même qu'elle aurait donné lieu à une stipulation de soulte, peut constituer une libéralité, car la soulte n'a peut-être pas été payée.

Je réponds que ce même danger existe dans les trois cas de dation en paiement autorisés par l'art. 1595, car la même inégalité peut se retrouver entre le montant de la créance et la valeur fournie.

Ce n'est donc pas cette crainte d'une donation faite au moyen de l'inégalité des valeurs échangées qui a motivé l'interdiction de vendre, car la seule précaution prise par le législateur se trouve dans la disposition finale de l'art. 1595 : « Sauf les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect ». La seule conséquence de l'assimilation de l'échange à la vente devrait consister dans l'application de cette disposition.

**B. Société commerciale** <sup>1</sup>. — La jurisprudence se consolide de plus en plus dans la décision qu'elle a depuis longtemps adoptée en annulant les sociétés de commerce formées entre époux, et en considérant comme dissoutes par le seul fait du mariage celles qui existaient auparavant.

Les textes font ici absolument défaut, et cette solution rigoureuse se fonde exclusivement sur les principes généraux, par le rapprochement de ceux qui sont propres aux sociétés et de ceux qui gouvernent le mariage. L'état de mariage est la subordination d'une personne à une autre; l'association exige au contraire l'égalité parfaite des associés. L'existence d'une société entre les époux est donc incompatible avec les devoirs de leur situation et avec la puissance maritale; elle se heurte aux règles essentielles de l'organisation de la famille, et se trouve par suite frappée d'une nullité d'ordre public.

<sup>1</sup> Le raisonnement qui va suivre est inapplicable aux Sociétés civiles.

La jurisprudence est constante, dit notre arrêt, mais la vérité de la solution n'est pas évidente.

La loi a prévu la situation de la femme commerçante. Pourvu que son mari le lui permette, la femme peut se livrer au commerce, et sa capacité, pour tout ce qui concerne son négoce, est presque absolue : il ne subsiste plus que l'incapacité de plaider, et il est permis de se demander si les motifs qui l'ont fait maintenir sont bien sérieux ; quand on permet à la femme d'hypothéquer et d'aliéner ses immeubles, lui défendre l'accès du tribunal de commerce semble une précaution peu justifiée.

A vrai dire, une fois la femme investie régulièrement de la qualité de commerçante, le Code de commerce ne connaît plus la puissance maritale. Que devient alors l'argument qui lui refuse le droit de s'associer avec son mari par respect pour cette puissance ?

En vain dirait-on que la femme commerçante agit avec l'autorisation de son mari, mais que cette autorisation, au lieu d'être spéciale et renouvelée à chaque fois, lui est donnée d'avance une fois pour toutes : est-ce que cette autorisation consentie en bloc pour des actes dont le nombre est illimité, et dont la nature, les conditions et l'importance sont indéterminées, n'est pas l'absence de toute autorisation, l'abdication de tout contrôle ? Ce qui est autorisé, c'est l'entreprise commerciale, mais les actes de commerce ne le sont pas. La Coutume de Paris avait bien raison de s'exprimer comme elle le faisait : « La femme marchande publique se peut obliger sans son mari » (art. CCXXXVI), et le Code civil a bien fait de l'imiter dans l'art. 220 : « La femme, si elle est marchande publique, peut s'obliger sans l'autorisation de son mari. »

L'égalité et l'indépendance qu'exige la société seraient donc possibles même entre époux.

Je ne crois pas davantage que la formation d'une société entre époux doive être condamnée comme dérogeant aux conventions matrimoniales.

Il n'y a pas de dérogation au régime conventionnel des biens des époux, car l'actif social n'est ni commun ni propre, il est la propriété d'une tierce personne : la société. Il se crée un patri-



moins distinct des leurs, et qui ne peut être soumis à leur régime matrimonial. Ceci exclut jusqu'à la possibilité d'une violation du contrat de mariage : les biens sociaux lui échappent quand les deux époux s'associent, comme ils lui échapperaient si chacun d'eux de son côté se mettait en société avec un tiers.

Du reste si ce motif de nullité était le seul, il n'empêcherait que les sociétés formées après le mariage, et ne s'opposerait point à ce que la société fût constituée ou même simplement autorisée par le contrat matrimonial.

Enfin serait-il utile et désirable d'empêcher les époux de s'associer pour faire le commerce ? d'exclure ainsi l'un d'eux de toute participation dans les affaires de l'autre, ou de le réduire au rôle subordonné d'employé ou de commis ?

C'est un singulier système que celui de la Cour de Nîmes : au lieu de faire du mari l'associé, elle en fait le commis de sa femme, par respect pour son autorité !

La Chambre des requêtes, en rejetant le pourvoi, a évité de se prononcer. Elle a pris comme un point de fait la situation que l'arrêt d'appel avait assignée au mari. Il s'agissait de savoir si la faillite avait pu être prononcée contre la femme seule : le mari y échappait, s'il n'était pas l'associé de sa femme, et c'est pour l'y soustraire qu'on l'avait réduit à ce rôle subalterne.

On a quelquefois, mais bien à tort, introduit dans la discussion l'art. 1840, qui dit que les sociétés universelles ne peuvent avoir lieu entre personnes auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes : c'est le cas des époux (art. 1094 et 1098). Mais d'abord les sociétés commerciales, étant conclues pour l'exercice d'un métier ou d'une profession, sont des sociétés particulières aux termes de l'art. 1842 ; ensuite il est fort douteux que la sanction de l'art. 1840 soit la nullité de la société.

Maintenant généralisons la question : les contrats entre époux sont-ils en principe prohibés ou permis ?

M. Gide a relevé quelques articles qui supposent admises certaines conventions : l'acceptation par la femme du remploi qui

lui est offert par son mari (art. 1435), le rétablissement de la communauté après une séparation judiciaire (art. 1451). — Mais ce sont là des conventions qui se rattachent au contrat de mariage et qui tendent à en assurer le fonctionnement. Nous n'en pouvons rien conclure pour des contrats indépendants des conventions matrimoniales.

Il cite encore l'art. 1431, qui permet aux époux de s'obliger l'un pour l'autre, et la loi du 23 mars 1855 qui permet à la femme de céder son hypothèque légale ou d'y renoncer dans l'intérêt des créanciers de son mari. Mais ce sont là des contrats avec des tiers plutôt que des contrats entre époux, et si la femme est capable de s'obliger en même temps que son mari, cela ne veut pas dire qu'elle soit capable de contracter avec lui.

L'art. 1577 qui prévoit un mandat donné par la femme au mari est beaucoup plus probant, car c'est un acte nouveau, indépendant du contrat de mariage, et intervenu entre époux.

Ces mandats sont très fréquents, et surtout ceux qui sont donnés en sens inverse par le mari à la femme.

La jurisprudence a eu souvent à s'en occuper et elle les a si bien admis qu'elle a créé pour eux des règles de faveur en dispensant l'époux mandataire de rendre compte à l'autre. La loi du 9 avril 1881 sur les caisses d'épargne postale en a fait enfin une application, car il a été bien établi dans les discussions qui ont précédé le vote de la loi au Sénat et à la Chambre, que lorsque la femme fait un versement à la caisse d'épargne elle agit comme mandataire du mari, et que l'opposition de celui-ci qui prive la femme du droit de retirer les fonds versés par elle n'est que la révocation de ce mandat <sup>1</sup>.

Quant au louage il semble en général impossible de le concevoir entre époux : l'obligation réciproque qui leur est imposée d'habiter ensemble y fait obstacle, et le plus souvent d'ailleurs le mari a la jouissance des biens de sa femme. Cependant ces empêchements ne se rencontrent pas toujours. Pourquoi une femme séparée de biens ne pourrait-elle pas louer à son mari un appartement, une ferme, ou toute autre chose à elle appartenant ?

<sup>1</sup> M. Planiol, *Les caisses d'épargne postales et le régime de communauté*, *Revue critique*, 1882, p. 42.

Pourquoi un mari séparé de corps, n'étant plus obligé de recevoir sa femme chez lui, ne pourrait-il pas être son bailleur, comme tout autre propriétaire?

En résumé, la règle est que les contrats entre l'époux sont permis.

Il y a : 1<sup>o</sup> une cause générale de nullité pour toutes les conventions qui porteraient atteinte au régime matrimonial ; 2<sup>o</sup> une règle prohibitive spéciale à la vente ; 3<sup>o</sup> une impossibilité accidentelle pour le louage.

Hors de là les tribunaux sont seulement autorisés à annuler, en vertu de l'art. 1199, tout avantage indirect contenu dans une convention. S'ils annulent cette convention elle-même, en la considérant comme prohibée, abstraction faite de toute pensée de libéralité chez les époux, ils tombent dans l'arbitraire.

## II.

Pourquoi la charge de la preuve, en cas d'accident, doit retomber sur l'ouvrier, malgré la nature contractuelle de l'obligation du patron. (Cass. 13 octobre 1886 ; Sir. 1887, I, 16 ; Trib. de Moulins, 8 janvier 1887, Sir. 87, II, 173).

La responsabilité des patrons envers leurs ouvriers tués ou blessés dans l'exécution des travaux est encore à l'ordre du jour.

Pendant que les arrêts s'obstinent à rattacher cette responsabilité à l'art. 1382, la doctrine s'applique à montrer que le patron est tenu envers l'ouvrier d'une obligation contractuelle découlant du louage de services.

L'enjeu de la lutte est la charge de la preuve.

La jurisprudence exige de l'ouvrier la preuve d'une faute commise par le patron, et à défaut de cette preuve elle le déboute de toute réclamation. La doctrine, en voulant voir dans le patron un débiteur par contrat, cherche à exonérer l'ouvrier de toute preuve de ce genre, et à rendre inutile par avance ce renversement de la preuve qu'on cherche à introduire par voie de réforme législative.

Je crois que dans ce débat les uns et les autres ont tout à la fois tort et raison.

La jurisprudence se trompe quand elle fonde la responsabilité du patron uniquement sur l'art. 1382.

Les seuls faits susceptibles d'engendrer une obligation par application de cet article sont des actes positifs, des maladroites (*culpa in committendo*), et non pas de simples négligences ou omissions (*culpa in omittendo*). C'est un fait unanimement reconnu que la simple omission n'entraîne de responsabilité qu'autant qu'il y avait obligation d'accomplir le fait omis<sup>1</sup>. En conséquence, si l'art. 1382 est la seule cause de la responsabilité du patron, celui-ci sera presque toujours à l'abri d'une réclamation, puisque les causes d'accidents qui lui sont imputables sont presque toujours des négligences.

Pour qu'on puisse l'en déclarer responsable, il faut de toute nécessité le considérer comme tenu d'une obligation particulière pouvant se formuler à peu près en ces termes : « Le patron doit prendre, dans l'organisation du travail qu'il dirige, toutes les précautions nécessaires pour garantir les ouvriers dans la mesure du possible, contre les dangers inhérents à leur tâche. »

Cette obligation ne peut dériver que du contrat de louage, et dans le système français, où tous les contrats sont de bonne foi et où les clauses d'usage doivent être sous-entendues, il n'y a pas d'hésitation possible sur l'existence de cette obligation particulière du patron<sup>2</sup>.

Sur ce premier point la doctrine a donc raison : il existe à la charge du patron une obligation née du contrat, et sa responsabilité n'est pas exclusivement fondée sur l'art. 1382. — Il en résulte même une conséquence assez curieuse pour mériter d'être signalée : c'est que la jurisprudence des arrêts méconnaît elle-même son principe en déclarant le patron responsable de ses simples négligences.

<sup>1</sup> Aubry et Rau, t. IV, § 444, texte et note première et § 446; Demolombe, t. XXXI, n° 479; Larombière, t. V, art. 1382-1383, n°s 6 et 7; Proudhon, *Droit d'usufruit, d'usage, etc.*, t. III, n°s 1489 et 1490.

<sup>2</sup> Il est bon de remarquer en passant qu'il n'y a dans nos lois aucun texte spécial au louage des ouvriers : dans l'état de nos mœurs et de nos habitudes, l'art. 1780, qui prohibe les engagements à vie, ne peut guère s'adresser qu'aux domestiques, et la loi du 2 août 1868 a abrogé l'art. 1781

Quand on a déterminé la nature contractuelle de cette obligation, on n'a pas tranché du même coup la question de preuve, et c'est ici que la jurisprudence à son tour a raison contre la doctrine.

On connaît l'argument dont on s'est servi contre le patron : Puisqu'il est tenu par le contrat de protéger son ouvrier par des précautions suffisantes, n'est-ce pas à lui de prouver, quand un accident se produit, qu'il n'y a pas eu faute de sa part ? Et s'il ne peut fournir cette preuve, ne doit-il pas être déclaré responsable ? On prétend que c'est la conséquence des principes généraux et on croit le montrer par un rapprochement. On compare les accidents industriels, qui tuent ou blessent un homme, aux pertes matérielles qui détruisent une chose. Si la chose aujourd'hui détruite faisait l'objet d'un contrat, le débiteur de cette chose n'est pas libéré sans condition ; il doit prouver qu'il n'y a pas eu faute de sa part. « Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue », dit l'art. 1302 dans son troisième alinéa. Et pourquoi est-il tenu de faire cette preuve ? c'est qu'il était tenu contractuellement, et que sa responsabilité n'est pas purement délictuelle. Ne doit-il pas en être de même du patron, puisqu'il est tenu lui aussi en vertu d'un contrat, et non en vertu d'un quasi-délit<sup>1</sup> ?

L'assimilation est fautive et le raisonnement n'est pas concluant.

Les personnes dont on parle, commodataires, locataires, dépositaires, gagistes, voituriers, ne sont pas uniquement tenues d'être prudentes, de surveiller la chose et de la conserver. Elles sont en outre tenues de la *rendre*.

Quand leur créancier se présente pour demander la livraison ou la restitution, il n'a rien à prouver que l'existence de sa créance ; si elles se prétendent libérées, parce que l'exécution de leur obligation est devenue impossible sans leur faute, c'est à

qui voulait que dans certains cas le maître fût cru sur son affirmation. Ce contrat reste donc entièrement soumis aux principes généraux.

<sup>1</sup> Voy. en ce sens les articles publiés par M. Sauzet, sur la *Responsabilité des patrons dans les accidents industriels* (*Revue critique*, 1883, p. 596 et 677).

elles à prouver le cas fortuit ou la force majeure qui les libère. Si cette preuve est à leur charge, cela découle de leur obligation de *restituer*, et non de leur obligation de *surveiller*.

Or le patron n'a pas comme elles deux obligations; il n'en a qu'une. Il n'est pas tenu de rendre l'ouvrier sain et sauf à sa famille après l'achèvement des travaux, il n'est pas son assureur. Il est seulement tenu de ne pas compromettre sa sécurité par un défaut de précaution.

Cette obligation doit sans doute être remplie; mais ce serait en exagérer l'étendue que de déclarer le patron responsable par cela seul qu'il ne réussit pas à prouver que la cause de l'accident ne lui est pas imputable.

En effet les accidents peuvent se produire pour trois causes diverses : faute de l'ouvrier, faute du patron, cas fortuit. Alors même que certaines mesures de prudence auraient été omises par le patron, cela ne fait pas qu'il soit l'auteur de l'accident, car toutes les imprudences commises n'aboutissent pas à des catastrophes, et celle qui est arrivée peut tenir à une autre cause. On pourrait appliquer ici le raisonnement très sensé que faisaient les jurisconsultes romains pour conserver à l'enfant le bénéfice de la légitimité malgré l'adultère de la mère : « *Quum possit et mater adultera fuisse, et impubes patrem maritum habuisse.* » La femme a le devoir de rester fidèle à son mari, mais son adultère ne prouve pas nécessairement que son enfant est illégitime.

L'inaccomplissement de l'obligation du patron, même démontré, ne suffit donc pas pour engager sa responsabilité, et l'ouvrier n'est pas dispensé de prouver que l'accident dont il a été victime a eu pour cause la négligence commise.

Pour arriver au renversement de la preuve, il faudrait établir une double présomption contre le patron en vertu de laquelle on admettrait jusqu'à preuve contraire : 1° que le patron est en faute; 2° que la faute commise par lui a provoqué l'accident.

Cette présomption n'est pas dans la loi puisqu'il n'y a pas de textes; elle ne résulte pas des principes généraux ni des obligations conventionnelles du patron exactement analysées.

Serait-il vraiment équitable de l'établir? J'en doute très fort. Bien souvent, quand toutes les mesures de prudence auront été

prises, le patron sera hors d'état de l'établir. En outre cette présomption aboutirait à laisser à sa charge toutes les causes d'accidents dont le caractère resterait inconnu ou douteux, quoiqu'elles soient en réalité des cas fortuits ou des maladresses de l'ouvrier, et ce serait une injustice : patrons et ouvriers ne doivent subir que les conséquences de leurs fautes *prouvées*. La seule protection contre les dangers inévitables dans beaucoup d'industries, ce n'est pas la responsabilité du patron sans preuves, c'est l'assurance.

En résumé je crois :

1<sup>o</sup> Que le système de la doctrine est supérieur à celui de la jurisprudence, parce qu'il considère le patron comme tenu d'une obligation contractuelle, ce qui autorise à le déclarer responsable même d'une simple négligence. — La jurisprudence le fait, mais au prix d'une inconséquence, car l'art. 1382 dont elle se sert ne le permet pas.

2<sup>o</sup> Que la jurisprudence a néanmoins raison de maintenir, comme elle le fait, à la charge de l'ouvrier malgré les objurgations dont on la presse, l'obligation de prouver une faute du patron et une faute ayant causé l'accident.

OBSERVATION. — J'ai dit plus haut que si l'on fonde la responsabilité du patron sur l'art. 1382, on se met dans l'impossibilité de le rendre responsable de ses simples négligences. Je dois prévoir une objection.

L'art. 1383, qui est sans conteste la suite et le commentaire de l'art. 1382, dit en propres termes que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa *négligence*, ou par son imprudence. »

L'art. 1383 a beau être un texte de loi, la négligence dont il parle comme productive d'obligation n'existe pas.

En effet de deux choses l'une : ou bien j'étais tenu par la loi ou par un contrat d'accomplir l'acte que j'ai omis ; alors je n'ai pas fait ce que je devais faire et je reste tenu *ex causa antiqua*, s'il n'y a pas force majeure ; je dois non plus l'acte en question, mais des dommages et intérêts ; l'objet de mon obligation a changé, non sa cause. — Ou bien je n'étais pas tenu d'agir et la simple inaction n'a pu me créer une responsabilité quelconque, puis-

que j'avais le droit de m'abstenir. Ni dans un cas ni dans l'autre mon abstention n'a créé à ma charge une obligation nouvelle.

Ainsi quand il n'y a pas obligation d'agir, l'inaction n'est pas répréhensible, de telle sorte que la seule *négligence* qui puisse donner lieu à l'application de l'art. 1383, c'est l'*inexécution d'une obligation*, ce qui nous fait sortir du cas où la faute engendre elle-même l'obligation.

Qui voudra s'en convaincre n'a qu'à jeter les yeux sur la liste d'exemples que rapporte M. Demolombe <sup>1</sup>. Il s'agit toujours d'agents ou de fonctionnaires, notaires, agents de change et autres, auxquels certains devoirs sont imposés dans l'exercice de leur profession, les uns par la loi, les autres par le contrat tacite de mandat intervenu entre eux et leurs clients. Il faut lire surtout, ce qui est encore plus probant, sa démonstration générale sur la nature des *imprudences ou négligences* d'où naît la responsabilité.

« Pierre qui était préposé à la garde d'un fourneau, s'endort  
« et laisse communiquer le feu aux maisons voisines.

« Voilà une faute d'omission qui constitue de sa part un quasi-  
« délit, et qui le rend responsable du dommage causé, car il  
« était légalement tenu de veiller. (Comp. L. 27, § 9, *Ad legem*  
« *Aquiliam*).

« Mais Pierre, un étranger, passe à côté de la maison dans  
« laquelle le feu commence à se manifester, et il poursuit son  
« chemin sans se préoccuper des moyens de l'éteindre.

« C'est l'action d'un mauvais citoyen ! s'écrie Proudhon.

« Assurément ! et d'un citoyen de la plus grande dureté d'âme.

« Mais ce n'est ni un délit, ni un quasi-délit, car il n'était pas  
« légalement tenu d'intervenir.

« Aussi l'illustre doyen de la Faculté de Dijon ajoute-t-il fort  
« justement que l'on n'aura aucune action civile à intenter  
« contre lui <sup>2</sup>. »

Il est impossible de mieux démontrer que la simple inaction n'entraîne aucune responsabilité, quand il n'y avait pas obligation préalable d'agir.

<sup>1</sup> *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, nos 518 à 557.

<sup>2</sup> M. Demolombe, *loc. cit.*, n° 479.



## III.

Le patron peut-il s'exonérer, par une convention particulière, de toute responsabilité en cas d'accident? (Trib. de Saint-Etienne, 10 août 1886, Sirey, 1886, II, 48).

La solution est controversée parce qu'on la fait dépendre à tort de la question qui vient d'être examinée sur la nature de l'action en responsabilité.

La jurisprudence considère comme d'ordre public les dispositions des articles 1382 et suivants. Elle se laisse convaincre par les mots délit et quasi-délit qui s'emploient couramment pour qualifier ces faits. « Peut-on par une convention se faire autoriser à commettre des faits délictueux? Ce serait encourager des attentats! Aucun doute ne peut exister sur la nullité de pareilles stipulations. »

C'est ainsi, ou à peu près, que s'expriment les arrêts et les auteurs<sup>1</sup>.

Les décisions d'espèces qu'on a tirées de là sont justes jusqu'à présent, la formule est cependant un peu trop absolue.

Nous ne sommes point en matière pénale, et il faut nous placer par hypothèse dans le cas où le fait dommageable n'est pas puni par les lois d'une peine proprement dite; car s'il y avait délit criminel en même temps que délit civil, il n'est pas douteux que toute convention tendant à supprimer la responsabilité serait nulle.

Quand le droit civil est seul en jeu, est-il absolument vrai de dire que l'homme ne peut pas s'affranchir de ses fautes?

Sans doute personne ne peut stipuler l'impunité du dol : toute permission de commettre des dols futurs serait immorale et tomberait sous le coup de l'article 6, C. civ. Il en serait de même pour la faute lourde, car de tout temps la faute grossière a été assimilée au dol.

Tout cela est vrai, mais cela implique, comme le remarque M. Labbé dans sa note précitée, la faculté de s'affranchir des suites de toute faute non grossière. Et cette faculté, que personne

<sup>1</sup> Voyez Dijon, 24 juillet 1874 et la note dans Sirey, 1875, II, 73. — Voy. aussi la note de M. Labbé, sous un arrêt de la Chambre civile, dans Sirey, 1876, I, 337.

ne conteste en matière de contrats, existe aussi par identité de motifs quand il n'y a pas de rapports contractuels antérieurs.

Elle souffre toutefois une limitation.

La sécurité des personnes est d'ordre public. On ne saurait permettre qu'un individu compromette la vie ou la santé d'un autre, à plus forte raison de plusieurs, fût-ce par une faute légère, sans en subir les conséquences. Les blessures et accidents causés à autrui entraînent donc toujours pour leur auteur l'obligation d'indemniser la victime nonobstant toute convention contraire.

Or cette sévérité, qu'exigent à la fois l'humanité et la morale, se justifie tout aussi bien entre personnes liées par un contrat qu'entre personnes étrangères l'une à l'autre.

C'est ce que paraissent avoir méconnu ceux qui, voyant dans la responsabilité du patron une simple conséquence du contrat, lui ont sans autre motif permis de s'en affranchir<sup>1</sup>. La vie des ouvriers est en péril : cela suffit pour rendre illicite la clause d'exonération.

On voit donc que la possibilité ou l'impossibilité de supprimer l'action en indemnité ne dépend pas pour le patron de la nature de son obligation. Contractuelle ou délictuelle, l'action pourrait être écartée, du moins en ce qui concerne les fautes légères, s'il ne s'agissait de la sécurité des personnes. Là est le vrai motif de la nullité, et il est également vrai et également décisif dans les deux systèmes.

#### IV.

Lorsque le point où l'incendie a commencé est connu, la loi du 5 janvier 1883 a-t-elle réduit la responsabilité du locataire, chez qui le feu a pris, à la valeur des lieux qu'il occupait? (Cass. Req. 5 avril 1887, Sirey, 1887, I, 125).

Cette question est une des plus débattues qu'ait fait naître la loi de 1883, si courte et si fertile en surprises.

<sup>1</sup> Voy. en sens divers : MM. Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, n° 23; Demangeat, *Revue pratique*, 1884, t. XLV, p. 558; Labbé, notes dans Sirey, 1885, I, p. 411, col. 1<sup>re</sup>; 1885, IV, p. 26; 1886, II, p. 97; Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, p. 30; Lyon-Caen, note dans Sirey, 1887, I, p. 124.

Avec quelle netteté avait-on marqué, dans les discussions du Sénat et de la Chambre, le sens définitif de la loi : Borner la responsabilité contractuelle du locataire aux lieux qu'il occupe, qui lui ont été confiés en vertu du bail, dont il a la garde, et qu'il doit rendre à sa sortie, obligation dont il ne peut se décharger en cas d'incendie qu'en prouvant que le feu a pris sans sa faute, car l'incendie n'est pas par lui-même un cas fortuit. — Pour le surplus, si le feu commencé chez lui s'est propagé dans le reste de la maison, le locataire est bien encore responsable s'il y a eu faute de sa part, mais comme il s'agit de portions de l'immeuble dont il n'était pas locataire et responsable, le propriétaire ne peut lui en demander la valeur qu'en prouvant sa faute, conformément à l'art. 1382.

M. Batbie surtout s'était montré décidé à ramener au minimum la responsabilité du locataire; il avait entraîné le Sénat, et le projet avait été voté avec un sens plus restrictif que celui que lui avait donné d'abord la Chambre des députés, qui s'était contentée de supprimer la solidarité, tout en laissant subsister à la charge des locataires l'obligation d'indemniser entièrement le propriétaire.

Aussi l'étonnement fut grand lorsque, peu de temps après la publication de cette loi, à laquelle il avait pris une si large part, M. Batbie entreprit de démontrer que dans l'hypothèse où l'origine du feu est connue, et où par conséquent un seul locataire est responsable, celui-là est encore tenu pour le tout comme avant la réforme de 1883.

Les réfutations ne se sont pas fait attendre, et elles paraissent décisives au point de vue des principes. Il est inutile de recommencer une démonstration qui a été faite ici même en excellents termes : responsable, pour les lieux qu'il occupe, en vertu de son contrat tant qu'il ne prouve pas le cas fortuit (art. 1302), le locataire ne peut être responsable du reste de la maison qu'autant qu'il y a faute prouvée contre lui par le propriétaire (article 1382).

Cependant les Cours et les tribunaux ont donné raison à l'opinion rigoureuse que M. Batbie avait développée dans son article de la *Revue critique*, et ils se sont prononcés à l'unanimité en sa

favéur. Une seule décision en sens contraire a été relevée par les Recueils de jurisprudence.

Voici maintenant que la Chambre des requêtes arrête les pourvois au passage, et ne pense même pas que la question mérite un examen contradictoire devant la Chambre civile.

Elle dit que la modification a porté uniquement sur les §§ 1 et 3 de l'art. 1734 pour supprimer la solidarité, lorsqu'il y a plusieurs locataires responsables, mais qu'on n'a pas touché au cas où un seul d'entre eux doit répondre de l'incendie parce que l'on sait que le feu a pris chez lui. Celui-là se trouve donc tenu pour le tout comme par le passé.

Le texte semble lui donner raison : « Celui-là seul en est tenu. » — De quoi ? — Évidemment c'est de l'incendie, c'est-à-dire de la totalité des dommages.

Mais la lettre de la loi n'est pas tout; les principes et les raisonnements comptent bien aussi pour quelque chose. Au fond, en maintenant ainsi au propriétaire le droit à une indemnité totale sans qu'il y ait faute prouvée du locataire, on lui donne une créance sans titre et sans preuve. On le fait bénéficiaire d'une confusion injuste entre l'action qui lui appartient contre son locataire pour l'exécution d'une promesse, et l'action qui pourrait lui appartenir contre un tiers pour la réparation d'un dommage.

La distinction est d'usage courant à l'École; elle est par son élévation et sa portée une des règles supérieures du droit, et en même temps elle est élémentaire par sa simplicité et son évidence.

Quelle mystérieuse influence l'a toujours empêchée de pénétrer en pratique dans les décisions judiciaires?

## V.

L'usufruitier est-il responsable en cas d'incendie comme le serait un locataire ? (Cass. Req. 4 juillet 1887, Sirey, 1887, I, 465).

La Chambre des requêtes statuait sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rouen du 27 février 1886, déjà publié <sup>1</sup>.

Une maison, sujette à un droit d'usufruit, brûle sans que la cause de l'incendie soit découverte.

<sup>1</sup> Sirey, 1886, II, 230.

L'usufruitier doit-il être déclaré responsable envers le propriétaire, comme le serait un locataire, toutes les fois qu'il ne parvient pas à établir la cause fortuite de l'incendie ?

Cette responsabilité ne peut lui être imposée que si on le traite comme débiteur de corps certain. Alors l'article 1302 lui devient applicable, et il ne peut se libérer qu'en prouvant la nature purement accidentelle de la cause qui a fait périr l'objet dû : tant que l'origine de l'incendie reste douteuse, on ne sait pas s'il y a eu simple accident ou faute de l'usufruitier, et cela suffit pour qu'il reste tenu envers le propriétaire.

Mais l'usufruitier est-il le *débiteur* du propriétaire ? lui doit-il la chose soumise à l'usufruit ?

D'après la conception naturelle de l'usufruit et de la décomposition de la propriété qu'il produit, le nu-propriétaire et l'usufruitier sont deux personnes étrangères l'une à l'autre, ayant chacune un droit réel distinct, quoique portant sur le même bien, et ne se devant rien que le respect de leurs droits respectifs. Chacun d'eux est un tiers pour l'autre, et il n'existe pas de rapports obligatoires entre eux deux.

Il ne suffit pas, pour démontrer que l'usufruitier est débiteur de la chose, de remarquer que la loi lui impose certains devoirs, tels que le soin de faire les réparations d'entretien (art. 605) et de dénoncer au propriétaire les usurpations que les tiers peuvent commettre à son détriment (art. 614). Ces obligations particulières dérivent d'un devoir plus général qu'on trouve indiqué deux fois dans le Code civil, d'abord d'une manière un peu ambiguë dans la définition de l'usufruit par ces mots : *à la charge d'en conserver la substance* (art. 578), traduction insuffisante de la définition romaine : *salva rerum substantia*, et sur lequel la loi revient dans l'article 601, en disant que l'usufruitier doit jouir en bon père de famille, expressions un peu plus précises pourvu qu'on sache toutefois que *bon père de famille* a conservé en français son sens latin et signifie *bon propriétaire*.

Tout cela revient à dire que l'usufruitier doit surveiller et conserver la chose, obligation que les Romains appelaient *custodia*.

S'ensuit-il qu'il soit par cela seul débiteur de l'immeuble et tenu de le restituer ?

Nullement. Nos concierges, les gardiens de nos musées sont des *custodes*, mais ils ne sont pas débiteurs des maisons ou des objets confiés à leur garde.

L'obligation de restituer, quand elle existe, implique l'obligation de conserver : sans cela comment s'exécute-t-elle ? Mais la réciproque n'est pas vraie : l'obligation de conserver ne suppose pas nécessairement l'obligation de rendre.

On ne peut donc pas dire, en s'appuyant uniquement sur les textes cités, que l'usufruitier est obligé de restituer et qu'il est débiteur de la chose.

Cette obligation n'est pas *écrite* dans les textes, — ce qui ne veut pas dire que le législateur ne l'ait pas admise et qu'elle doive être rejetée. Un Code n'est jamais complet, et il y aura toujours un Jus en dehors des LEGES. Chez nous en particulier, que seraient les cours de Code civil, si les textes de ce Code en faisaient seuls les frais ? que de questions dont les décisions sont inspirées par les principes généraux du droit et de la morale, ou par les souvenirs du Droit romain ? Où trouverions-nous par exemple les règles de l'action paulienne, si nous n'avions pas le Digeste ?

Il en est de même des obligations de l'usufruitier.

Qu'est-ce que cette caution de jouir en bon père de famille dont parle l'art. 601 ? C'est l'ancienne *satisfatio* qu'exigeait le Prêteur. Mais, caution française ou satisfation romaine, c'est toujours une dette accessoire, c'est l'engagement d'un tiers qui vient s'obliger à côté de l'usufruitier. Cette intervention de garantie suppose une obligation à garantir, un engagement principal, personnel à l'usufruitier lui-même, et notre mot caution, employé de la sorte, est un véritable quiproquo : nous entendons par là *fidéjusseur* ; les Romains entendaient *promesse*. Pour donner une explication satisfaisante de l'art. 601, nous sommes dans la nécessité de lui prêter ce double sens de *cautio* (promesse personnelle) et de *satisfatio* (engagement d'un fidejusseur), et nous ne saurions faire autrement, car ce ne peut être la caution, au sens français du mot, qui s'engage à jouir en bon père de famille : c'est l'usufruitier qui prend cet engagement, et la caution répondra pour lui au besoin du dommage causé.

Ce lien contractuel, que le Préteur imposait au nom de l'équité à l'usufruitier avant son entrée en jouissance, on le voyait pour ainsi dire se former en droit romain : il prenait corps dans une stipulation, de telle sorte que l'usufruit, simple droit réel par sa nature devenait en même temps, par l'autorité du Préteur, l'occasion d'obligations personnelles pour l'usufruitier.

Peu à peu l'engagement personnel de l'usufruitier a fini par se sous-entendre : comme il était obligatoire, la simple acceptation de l'usufruit suffit pour le contracter. Mais on ne pouvait sous-entendre celui de la caution : ce répondant subsidiaire, il fallait bien le trouver, et le décider à s'obliger envers le propriétaire : voilà pourquoi il n'est plus question que de lui dans la formule elliptique que le droit romain a léguée au Code civil.

Quel est donc l'objet de cet engagement de l'usufruitier, autrefois pris formellement par lui, aujourd'hui sous-entendu ?

Le Code nous répond : *jouir en bon père de famille*, sans rien ajouter de plus. Cette façon abrégée de parler était déjà familière aux jurisconsultes romains <sup>1</sup>, mais en réalité l'engagement de l'usufruitier était double.

Le texte principal, la loi première au titre : *Quemadmodum usufructuarius caveat* <sup>2</sup>, qui est le siège de la matière, dit : « *Æquissimum Prætori visum est DE UTROQUE usufructuarium « cavere : et usurum se boni viri arbitrato, et quum ususfructus « ad eum pertinere desinet, RESTITUTURUM quod inde extabit.* »

Le préteur créait donc une double obligation : 1<sup>o</sup> conserver la chose et en jouir en bon père de famille ; 2<sup>o</sup> la restituer à l'expiration de l'usufruit.

Cette dernière présentait un avantage considérable : le propriétaire n'était plus réduit à exercer la *rei vindicatio*, qui l'aurait astreint à prouver son droit de propriété ; il avait l'action *ex stipulatu*, — *cavere*, c'était s'obliger par une stipulation, — et la stipulation se prouvait très facilement, soit à l'aide de témoins, soit par un écrit, tablette ou parchemin.

En passant dans le droit français, les actions romaines perdirent presque entièrement leurs caractères individuels et leurs

<sup>1</sup> Voy. Frag. 13, pr. *De usuf.*, Dig. VII, 1.

<sup>2</sup> Dig. VII, 9.

noms : avec une procédure moins formaliste et moins savante on cessa de rechercher la nature exacte de l'action dont se servait le propriétaire pour réclamer sa chose. Il en avait une, là était le point important ; on n'en cherchait pas plus long.

Une seule des obligations prétoriennes auxquelles donnait lieu l'usufruit resta ainsi en lumière ; l'autre se trouva sous-entendue, mais non abolie.

L'usufruit a toujours conservé ce caractère double que lui a donné le Préteur, à la fois coïncidence de droits réels sur une même chose, et rapports contractuels. Les effets multiples qu'il produit sont inexplicables, si on les étudie dans les textes actuels et à l'aide du seul raisonnement. Ils ne s'éclaircissent et ne se justifient que par l'histoire.

## VI.

Les droits des seigneurs féodaux sur les chemins publics en Bretagne discutés à propos d'une vasière. (Rennes, 13 mai 1884, et Cass. 4 mai 1885, Sirey, 1887, I, 459).

L'espèce était remarquable par sa rareté et par le caractère des difficultés qu'elle soulevait : c'était l'ancien droit féodal breton qui ressuscitait tout à coup, et non dans ses parties les plus claires : les droits seigneuriaux sur les chemins publics et sur les terres vaines et vagues.

En 1771, le marquis de Querhoent et sa femme, vicomtesse de Donges, avaient afféagé un canton de pâture de sept journaux situé sur la rive droite de la Loire entre Donges et Montoir, et qui s'était formé par alluvion le long d'un chemin public.

En 1883, la commune de Donges s'avisait de revendiquer ce terrain, prétextant que le vicomte de Donges n'avait pu en disposer valablement, le chemin public dont l'alluvion dépendait par voie d'accession étant la propriété commune des habitants et non pas celle du seigneur.

Cette question de droit féodal a été longuement discutée devant le tribunal de Saint-Nazaire et devant la Cour de Rennes.

Je crois qu'on s'y est quelque peu égaré.

D'abord sur quels chemins le seigneur avait-il des droits ? C'eût été la première question à examiner.



Anciennement le seigneur avait la garde des chemins allant de ville marchande à ville marchande<sup>1</sup>. On entendait par *villes marchandes* celles où se tenaient les foires et marchés. La juridiction des seigneurs sur les chemins avait donc pour cause leur droit de justice sur les foires et marchés qui se tenaient dans leurs seigneuries. Ayant les profits du commerce, il était juste qu'ils supportassent les frais d'entretien et de surveillance des chemins qui servaient de voies commerciales et par où se faisait tout le trafic.

Or ces chemins à l'époque féodale étaient les grands chemins ; ils correspondent à ceux qu'on appelait en Anjou les chemins *péageaux*, qui étaient entretenus par les seigneurs châtelains ayant droit de foire ou de marché<sup>2</sup>.

Les autres étaient les petits chemins, les chemins *voisinaux* comme on les appelait en Anjou. Les voisins les entretenaient s'ils le voulaient puisqu'ils étaient seuls à s'en servir, et le seigneur n'y exerçait aucune juridiction : « Tous autres chemins sont en la garde du prince » disait la Très ancienne coutume de Bretagne, c'est-à-dire du Duc.

Les coutumes officielles du XVI<sup>e</sup> siècle s'expriment tout autrement.

Au lieu de dire, comme le texte primitif, que les seigneurs ont à leur charge *les vayas et rotes qui vont...*, elles disent : *les voies et routes qui NE sont de ville marchande à ville marchande.*

Cette négation change complètement le sens de la phrase. Un pareil changement, s'il avait été voulu, eût bouleversé tous les droits seigneuriaux, et n'aurait pu se faire sans soulever de violentes protestations de la part des seigneurs atteints sans grande nécessité dans une des sources les plus fécondes de leurs justices.

<sup>1</sup> « Chescun Seignour qui a justicement en sa terre doit... garder et bonner les vayas et rotes qui vont de ville marchande à ville marchande. » (Très-ancienne coutume de Bretagne, ch. 255, d'après le Ms. 182 de la Bibliothèque de la Ville à Rennes).

<sup>2</sup> Voy. Loyseau, *Traité des seigneuries*, chap. IX, n° 71. — Coutumes d'Anjou, art. 59 ; du Maine, art. 68. — *Usances, stilles et communes observances des Pais d'Anjou et du Maine*, n° 25, dans les *Coutumes d'Anjou* publiées par M. Beautemps-Beaupré, t. IV, p. 151.

L'étonnement grandit encore quand on se reporte aux *Procès verbaux* de 1539, dans lesquels les discussions, les projets de réforme, les réclamations et observations de tout genre que soulevait le travail des commissaires royaux sont rapportées avec beaucoup de détail et avec une précision remarquable. Ces *Procès verbaux* sont muets sur ce changement.

Il n'en reste qu'une explication possible, c'est qu'il est le résultat d'une simple erreur matérielle, et l'examen des manuscrits et des incunables le démontre manifestement.

Dès le XV<sup>e</sup> siècle le texte de la Très ancienne coutume avait été mis par les copistes dans un état pitoyable. Ce fut bien pis encore au siècle suivant, malgré le soin que prenaient les éditeurs de faire corriger leurs impressions par les vénérables et discrets juristes de la province. Dans quelques manuscrits on trouve encore le texte exact, mais la plupart portent la malencontreuse négation. Il est évident que pour établir le texte de la coutume réformée on s'est servi d'un de ceux-ci ou d'une édition prise sur eux.

Ce qui achève la démonstration, et enlève toute vraisemblance à l'idée d'une réforme volontaire, ce n'est pas seulement la tournure singulière et embarrassée de la phrase qui a perdu toute sa clarté, c'est surtout que ce changement de texte a passé inaperçu et que l'ancienne jurisprudence a continué à s'appliquer comme auparavant. D'Argentré dit formellement que de son temps encore la connaissance des délits commis dans les grands chemins appartenait aux juges du seigneur haut justicier<sup>1</sup>.

Plus tard l'autorité royale se fit sentir davantage. Mais ce ne fut jamais que pour les questions de voirie : « Cela ne s'entend  
« que de la protection et du droit d'en déterminer les largeurs  
« et les enlignemens, ce qui est l'objet de l'office du grand  
« Voyer en France, mais hors de ce cas les seigneurs y exercent  
« leur justice, comme d'Argentré, quoique partie intéressée en sa  
« qualité de juge Présidial, en convient lui-même<sup>2</sup>. »

On commet donc une erreur quand on dit, comme on le faisait dans le procès, que les seigneurs féodaux n'exerçaient leurs droit

<sup>1</sup> D'Argentré, *Commentarii*, art. 54 A. C., note 2, n<sup>o</sup> 3 et 4.

<sup>2</sup> Hévin, *Questions féodales*, p. 85.

que sur les petits chemins, et que les grands étaient placés entièrement sous la juridiction royale.

Une autre question se présentait : quels étaient les droits du seigneur sur le chemin ? en était-il propriétaire ?

On le prétendait à tort, dans l'intérêt des afféagistes et de leurs successeurs.

Le seigneur n'avait qu'un droit de *surintendance* et de *police*, comme le dit Loyseau. La Très ancienne coutume, qui s'occupe des chemins dans de nombreux passages, ne parle jamais que de leur garde. Elle dit que leur entretien est à la charge du seigneur ; qu'il doit y pourvoir avec le produit des amendes ; qu'il doit les *bonner* (délimiter) avec le conseil et par la scavance des sages du pays (chap. 255) ; qu'il a la connaissance des *grous meffaitz* qui s'y commettent, comme *roberies* et *quets appensés*. — Nulle part il n'y est dit que le seigneur est propriétaire du chemin.

Loyseau a remarqué lui aussi que ni le roi ni les seigneurs n'avaient la propriété des chemins petits ou grands : « car on ne peut pas dire qu'ils soient de leurs domaines ; ils sont de la catégorie des choses qui sont hors de commerce, dont partant la propriété n'est à aucun, mais l'usage est à un chacun<sup>1</sup>... »

De son côté Poullain du Parc n'a jamais dit, comme l'affirme un arrêstiste à propos de cette affaire, que le seigneur était propriétaire. Dans ses *Principes* il dit en propres termes que le seigneur ne peut disposer du terrain de ces chemins qui appartiennent au public<sup>2</sup>.

Envisagée sous ce point de vue, la revendication de la commune de Donges, pour tardive qu'elle fût, se présentait donc sous un jour beaucoup plus favorable que ne le pensaient les juges. Mais la Cour de cassation a prudemment écarté tout examen des questions féodales soulevées au procès et qui avaient joué le premier rôle devant le tribunal et devant la Cour. Elle les a éliminées pour ce motif : que la commune de Donges n'avait pu démontrer l'antériorité et l'emplacement de l'ancien

<sup>1</sup> *Traité des seigneuries*, chap. IX, n° 75.

<sup>2</sup> *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, t. II, n° 552.

chemin auquel le terrain contesté se serait dans le principe annexé par voie d'alluvion. Il devenait dès lors inutile de discuter sur la propriété du chemin et sur les droits des seigneurs.

La commune avait à son service un autre argument : elle prétendait que la pâture concédée en 1771 avait été détruite par l'invasion des eaux de la Loire et que l'alluvion nouvelle qui se trouve aujourd'hui à découvert était propriété communale par accession au chemin qui la longe. Sa prétention a été rejetée, étant démontré en fait que le terrain concédé avait toujours subsisté tout au moins à l'état de vasière se découvrant à marée basse et que les successeurs des preneurs primitifs n'avaient subi dans leur possession que des interruptions temporaires dues aux oscillations périodiques du fleuve et dont ils pouvaient d'avance prévoir la fin.

MARCEL PLANIOL.

## DE LA NATURE DE LA PERSONNALITÉ CIVILE DES SYNDICATS PROFESSIONNELS,

Par M. SAUZET, agrégé près la Faculté de droit de Lyon.

### I.

*Sommaire* : — 1. La loi du 21 mars 1884, au point de vue social. — 2-3. Ses effets : action et réaction. — 4-5. Propositions de lois nouvelles ; réforme souhaitable. — 6. Problème juridique ; double question pratique. — 7. Les syndicats sont-ils capables de recevoir des dons ou legs ? — 8. Travaux préparatoires. — 9. Incapacité limitée. — 10. L'art. 910, C. civ., est-il applicable aux syndicats ? — 11. Droits du syndiqué démissionnaire ou exclu sur l'actif syndical. — 12-16. Travaux préparatoires ; renvoi au droit commun. — 17. Même difficulté au cas de dissolution du syndicat. — 18. Droit commun des Personnes morales.

1. La loi du 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels, dont l'élaboration a soulevé tant de craintes et d'espérances, ne paraît pas, au bout de quatre ans, justifier les unes ni les autres ; il est vrai que la Révolution ou l'Évolution sociales qu'elle portait dans ses flancs, à en croire ses adversaires ou ses partisans, ne sont pas des mouvements qui se règlent au gré du législateur et qui obéissent à son impulsion directe et immédiate.

La pratique de l'association professionnelle peut modifier les mœurs, les idées, les sentiments — préjugés ou passions — des

ouvriers et des patrons : par là, nous irons même jusqu'à croire et à espérer qu'elle peut supprimer la guerre du travail contre le capital, en organisant, en acclimatant des moyens pacifiques de résoudre des conflits inévitables entre intérêts associés, trop souvent ennemis. Notre foi, notre espérance, ici, sont, à peu près, celles des *Internationalistes* qui attendent la fin de la guerre d'adroites combinaisons d'arbitrages. Mais pour atteindre, pour entrevoir de tels résultats, il faut le grand facteur, avec lequel les amateurs de réformes subites n'aiment pas à compter, il faut... le temps; nous le laisserons venir pour juger, au point de vue social, l'œuvre, — l'arbre — par ses fruits.

2. Ce n'est pas que, jusqu'à ce jour, la loi ait été lettre morte : tout le monde, à la Chambre et au Sénat, dans les rapports et les discours, dans la circulaire ministérielle <sup>1</sup> et parmi les commentateurs, semble unanime pour la qualifier de *loi de liberté*, et les effets de la liberté se sont produits aussitôt; elle a suscité des jalousies et des craintes, provoqué l'action et, naturellement, la réaction.

La reconnaissance légale du droit d'association, non pas d'une manière absolue, et au profit de tous, mais dans un but déterminé et en faveur d'une catégorie de citoyens, les *gens de métier*, « pour l'étude et la défense de leurs intérêts économiques <sup>2</sup>, industriels, commerciaux et agricoles » <sup>3</sup>, devait faire des envieux.

Tout d'abord, il est à remarquer que ceux, pour qui la loi était principalement faite, ont été les moins empressés à en profiter; on a gémi sur le peu d'enthousiasme des ouvriers. Par contre les populations agricoles, admises comme par hasard au bénéfice de la loi <sup>4</sup>, sont pleinement entrées dans la voie ouverte; si la propagande politique n'a pas été étrangère au phénomène, dans les débuts, on peut croire aujourd'hui qu'elle s'atténue et il faut souhaiter quelle disparaisse.

<sup>1</sup> Circul. Minist. intérieur 25 août 1884 (M. Waldeck-Rousseau).

<sup>2</sup> Cette virgule aurait une assez grande importance, d'après l'interprète le plus récent de la loi, M. Boullaire. (*Manuel des syndicats professionnels agricoles*, p. 26), Paris, Chevalier-Marescq, 1888.

<sup>3</sup> Art. 3, loi 21 mars 1884.

<sup>4</sup> Voy. l'observation de M. Oudet à la séance du 21 février 1884. *J. off. du 22, Sénat, Déb. parl.*, p. 451, col. 2 et 3.

D'autre part, on a vu les médecins <sup>1</sup>, les pharmaciens <sup>2</sup>, les propriétaires fonciers non exploitants <sup>3</sup>, les instituteurs, les ouvriers employés par la Ville de Paris <sup>4</sup>, élever, tour à tour et avec des succès divers, la prétention d'user de la liberté nouvelle. Pourquoi des restrictions? Tous les citoyens ont des intérêts économiques à défendre; si la loi « n'exige pas que ces intérêts soient, en outre, industriels, commerciaux ou agricoles <sup>5</sup> », une seule démonstration reste à faire pour assurer la conquête générale du droit d'association, c'est que tous les citoyens exercent une profession, un métier <sup>6</sup>. Nous entendrons bientôt encore parler d'ouvriers de la plume, de la pensée..., etc. Pourquoi déclarer *a priori* la loi inapplicable « aux locataires, aux rentiers, aux étudiants <sup>7</sup>? Il ne faut décourager personne dans ce mouvement vers la liberté! Voilà l'action.

3. Voici la réaction : la prohibition *légale* disparaissant, des efforts de prohibition *naturelle* se sont produits aussitôt. Les patrons français, — nous voulons dire quelques-uns, — ont vécu, jusqu'en 1884, sous l'empire de ce dogme légal, que l'association des ouvriers est chose dangereuse; la loi les protégeait; du jour où cette protection a fait défaut, ils ont songé, non pas à attendre pour vérifier la réalité du péril, mais à se protéger eux-mêmes, en usant des armes que le droit commun, le libre jeu des conventions particulières leur offrait : ils ont fermé leurs ateliers aux ouvriers *syndiqués*. Le plus souvent un simple avis a suffi : entre le syndicat naissant, sans force, sans ressources, et le sa-

<sup>1</sup> La Cour de cassation refuse aux médecins le droit de former des syndicats professionnels, *Crim. Rej.* 27 juin 1885, Dalloz 1886. I. p. 137.

<sup>2</sup> La Cour de Paris reconnaît la légalité de leurs syndicats, 20 janvier 1886 Dalloz, 1886. II. p. 170.

<sup>3</sup> *Bulletin de la Société des agriculteurs de France*, 1885, p. 381, Rapport de M. A. Sénart.

<sup>4</sup> Délibération du Conseil municipal de Paris 14 mars 1888, rapportée dans le *Temps* du 16 mars.

<sup>5</sup> Boullaire, *op. cit.*, Cf. p. 26 et 65. *Contra*, Cassation précité.

<sup>6</sup> Proposition de loi ayant pour objet d'étendre à toutes les professions et notamment aux professions dites libérales, médecins, avocats, etc... le bénéfice de la loi du 21 mars 1884, — déposée à la Chambre des députés le 21 juin 1886 *J. off. Doc. parl. Ch.* 1887 p. 133.

<sup>7</sup> Boullaire, *op. cit.*, p. 23.

laire du patron même isolé, quelquefois syndiqué avec d'autres, le choix de l'ouvrier était fatal.

Situation facile à prévoir, et dont les pays, plus avancés que le nôtre dans la pratique de l'association libre, pouvaient déjà donner des exemples : les listes noires (*black-lists*) des patrons anglais et leurs *lock-out* n'ont-ils pas été la réponse aux agissements, souvent criminels, des *Trad's Unions* affranchies, dans la voie des revendications ouvrières ?

Quand une liberté n'est pas dans les mœurs, la loi peut la proclamer avec justice ; mais elle rend plus vive la lutte des intérêts rivaux, jusque-là protégés ou sacrifiés. Les premiers pas de toute liberté sont difficiles, d'autant plus que les empiriques abondent pour proposer alors des remèdes pires que le mal.

4. Déjà on parle de compléter la loi de 1884, en édictant des mesures sévères contre les atteintes dont les syndicats en formation se plaignent<sup>1</sup>. Peut-être la réforme n'ira-t-elle pas sans difficultés ; au risque de passer pour téméraire, nous dirons comment nous la concevons pour qu'elle soit équitable.

L'art. 416, C. pénal, issu de la loi du 25 mai 1864, a été abrogé, non sans une vive opposition<sup>2</sup>, par la loi du 21 mars 1884 ; c'est-à-dire que les fautes prévues par ce texte, employons l'expression actuelle, la « mise à l'index » d'un atelier par des ouvriers syndiqués ou coalisés, est licite ; elle n'est plus considérée comme une atteinte assez grave à la liberté de l'industrie pour encourir la police correctionnelle.

<sup>1</sup> « Quiconque sera convaincu d'avoir par dons ou promesses, violences ou voies de fait, menaces de perte d'emploi ou de privation de travail, entravé ou troublé la liberté des associations syndicales professionnelles et empêché l'exercice des droits reconnus par la loi du 21 mars 1884, sera puni d'un emprisonnement de 1 mois à 1 an et d'une amende de 100 à 2.000 francs. » — Proposition de loi déposée à la Chambre des députés le 4 mars 1886 *Déb. parl.*, p. 383. — Rapport sommaire sur la prise en considération. *J. off. Doc. Parl. Ch.*, 1886 p. 1367. — Prise en considération le 25 mai 1886 *Déb. parl.*, p. 914. — Rapport *Doc. parl. Ch.*, 1887 p. 1204. Pétition des tisseurs du Rhône. Chambre syndicale, dans le *Moniteur des syndicats ouvriers*, nos du 27 novembre 11 décembre 1887.

<sup>2</sup> Le Sénat est saisi d'une proposition tendant à le rétablir avec modifications de détail. Voy. ci-après n° 5, note 1.

Le mot d'ordre du comité exécutif d'une grève, les amendes, défenses, proscriptions, interdictions, damnations qu'il peut prononcer, les divers procédés d'influence, de contrainte sur les hésitants ou les réfractaires, ne sont plus des délits, pourvu qu'ils ne constituent pas les violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses » des art. 414 et 415. Le patron dont l'usine chôme à la suite de cette grève, l'ouvrier non favorable à la suspension du travail qui s'y soumet pour éviter les diverses *molestations* que les Anglais désignent sous le nom de *picketing* ou *ratening*, ne peuvent pas provoquer des poursuites; la loi de 1884 ne veut plus faire des délits de ces « intimidations légères » comme les appelait le rapporteur de la loi de 1864, M. Emile Ollivier.

Soit! mais alors comment prétendre que l'atteinte à la liberté des syndicats, résultant d'actes analogues de patrons ou d'ouvriers dissidents, doit être punie? Si la défense de travailler dans un atelier, — damnation d'un atelier — est licite, pourquoi la défense de faire partie d'un syndicat, — damnation d'un syndicat, — ne le serait-elle pas? Invoquera-t-on cette raison, qui a bien l'air d'un paradoxe, que la liberté des syndicats, frêle et jeune, a besoin de plus de protection que la vieille et robuste liberté du travail?

Si l'on veut bien considérer que les deux situations, que nous venons d'opposer l'une à l'autre, sont identiques, on admettra que l'égalité de traitement s'impose. Mais ce traitement égal doit-il être l'impunité? Nous ne le pensons pas.

5. Nous ne récriminons point contre l'abrogation de l'art. 416; nous ne ferions même pas difficulté pour admettre l'abrogation des art. 414 et 415, qui laisserait, sous l'empire du droit pénal commun, les violences, etc., commises dans le but de porter atteinte à la liberté du travail, soit isolément (art. 414) soit par suite d'un plan concerté (art. 415). Mais nous voudrions que, en prévision des luttes, avivées par un régime de liberté nouveau, on songeât à atteindre, en France, comme en Angleterre, tous les faits autres que violences ou voies de faits (art. 309 et suiv., C. P.), menaces (art. 305 et suiv.).

On a eu tort, pensons-nous, dans la discussion de la loi de



1884 <sup>1</sup>, d'invoquer la loi anglaise du 29 juin 1871 <sup>2</sup>, à l'appui du maintien de l'art. 416, C. P. L'art. 416 n'incriminait les faits précités que lorsqu'ils se produisaient « par suite d'un plan concerté » ; il n'était qu'une application du système contradictoire inauguré en 1864 : la coalition est libre, elle est l'exercice d'un droit, mais elle sera une circonstance aggravante d'actes déjà punis de droit commun (art. 415), ou une cause d'incrimination d'actes pénalement indifférents (art. 416). La loi anglaise, au contraire, nous paraît punir ces faits, soigneusement catalogués et décrits, sans se préoccuper s'ils sont ou non la suite d'un plan concerté ; par là, elle n'affecte pas le caractère d'une loi restrictive du droit d'association. En outre, elle punit ces faits, individuels ou collectifs, d'où qu'ils viennent, d'ouvriers ou de patrons, et par là elle évite une inégalité de fait <sup>3</sup> choquante qui résultait de notre art. 416.

Qu'il s'agisse de patrons voulant entraver l'exercice du droit de se syndiquer, ou d'ouvriers voulant gêner l'exercice du droit de travailler aux conditions qu'il plaît à un camarade d'accepter ou à un patron d'offrir, nous disons : les deux actes sont également blâmables ; ils impliquent, sinon une atteinte caractérisée, du moins un manque de respect à la liberté d'autrui, — vertu difficile, semble-t-il, mais sans laquelle l'ordre social est inévitablement troublé. — Nous ne comprendrions pas que l'un devint un délit, au moment où l'autre vient de cesser de l'être ; nous

<sup>1</sup> Et après, à l'appui de la proposition de loi déposée au Sénat le 15 mars 1886 *Déb. parl.*, p. 349. Le texte à substituer à l'ancien art. 416, serait le suivant : « Toute prononciation d'amende, défense, interdiction, *prononcée en vertu d'un plan concerté*, avec mise en interdiction ou à l'index, « soit contre un ou plusieurs ateliers, soit contre un ou plusieurs ouvriers, « constitue un délit d'atteinte au libre exercice de l'industrie et du travail. » Pénalités proposées : 6 jours à 3 mois d'emprisonnement, et 16 à 300 francs d'amende. Exposé des motifs, *J. off. Doc. Parl. Sénat*, 1886, p. 131. Rapport sommaire, *ibid.*, p. 391. Prise en considération *J. off.*, 15 déc. 1886 *Déb. parl.*, p. 1451 et suiv.

<sup>2</sup> *Annuaire Législ. Comparée*, 1872, p. 65.

<sup>3</sup> Nous disons inégalité *de fait*. En droit l'art. 416 qui incriminait le plan concerté, le punissait également de la part des patrons comme de la part des ouvriers. En fait, le plan concerté des patrons est insaisissable ; celui des ouvriers, au contraire, est généralement public, patent.

trouverions juste qu'ils ne fussent incriminés ni l'un ni l'autre, c'est l'état actuel ; nous aimerions mieux qu'ils fussent réprimés l'un et l'autre, en tous cas, sans distinguer s'ils sont ou non la suite d'un concert préalable.

Notre solution est inspirée par une idée qui peut revêtir la forme évangélique : ne faites pas aux autres, pour les empêcher de travailler dans un atelier, ce que vous ne voulez pas qu'on vous fasse à vous-mêmes pour vous contraindre à y rester et à désertier un syndicat ; cela est pour les ouvriers. Et pour le patrons ceci : ne faites pas à vos ouvriers pour les empêcher d'entrer dans un syndicat ce que vous ne vouliez pas, avec l'art. 416, qu'on fit pour les obliger à vous quitter et à adhérer à une coalition.

6. Ces observations, quant aux points principaux, sur lesquels la loi de 1884 apparaît déjà comme insuffisante ou incomplète, ne touchent qu'au côté social de la réforme inaugurée depuis quatre ans ; sans y insister autrement, nous nous renfermerons dans l'examen d'un problème exclusivement juridique concernant les associations syndicales nouvelles. Les auteurs, nombreux déjà, qui ont commenté, dans son ensemble, la loi de 1884 l'ont presque tous signalé ; s'ils ne l'ont pas approfondi, c'est qu'on ne peut guère le tenter que dans une étude spéciale, après que la voie a été ouverte par les premiers essais et que les difficultés ont été envisagées sous leurs divers aspects.

Le titre de ce travail ne présente que le côté abstrait, théorique du problème ; si l'on tient à se convaincre de l'intérêt pratique qui s'attache à sa solution, il suffira d'en rapprocher aussitôt les deux questions suivantes qui n'en sont que les corollaires :

*Première question.* — Un syndicat professionnel peut-il recueillir des dons et legs, et à quelles conditions ?

*Deuxième question.* — Quels sont les droits des membres du syndicat, sur l'actif, le fonds syndical, aux cas de dissolution, de démission ou d'exclusion ?

Montrer tout d'abord, quelles sont les raisons de douter sur deux points aussi graves, ne sera, peut-être, pas inutile.

7. Les lecteurs de la seule *Revue des Deux-Mondes*<sup>1</sup> sont autorisés, en effet, à croire, sur la foi de M. Victor du Bled, que

<sup>1</sup> N° 1<sup>er</sup> septembre 1887, p. 109.

notre première question n'est pas douteuse et que les syndicats sont incapables de recevoir des libéralités. « Le siège de la « majorité était fait, lisons-nous,..... elle décréta que les syndi- « dicats *ne pourraient recevoir ni dons ni legs*, avoir d'autres « immeubles que ceux nécessaires à leurs réunions, bibliothèques et cours d'instruction professionnelle, d'autres revenus « que les cotisations de leurs adhérents. »

C'est, à n'en pas douter, à M. Hubert-Valleroux que remonte la responsabilité d'une opinion si absolue : son livre <sup>1</sup> est un de ceux qui ont inspiré M. du Bled, et voici le passage que nous y relevons, au milieu de quelques appréciations politiques dont la vivacité tranche singulièrement sur le ton modéré du mémoire, distingué par l'Académie des Sciences morales. « Le parlement maintint la décision portant que les chambres « syndicales ne pourraient avoir d'immeubles que celui où serait « leur siège social, ni d'autres revenus que les cotisations de « leurs membres. *Elles ne pourront recevoir ni dons ni legs.* »

Cette affirmation, que son auteur a renouvelée depuis <sup>2</sup>, en paraissant s'étonner qu' « un certain nombre de jurisconsultes » la repoussent, se fonde sur des déclarations très-formelles faites à la Chambre des députés, en mai 1881 <sup>3</sup>; mais elle a le tort de laisser croire que la loi a été votée sur ces déclarations et de ne tenir aucun compte de ce qui s'est passé ensuite soit au Sénat, soit à la Chambre, au cours des longues pérégrinations parlementaires du projet <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Les corporations d'arts et métiers et les syndicats professionnels*, p. 368-369. Paris, Guillaumin, 1885.

<sup>2</sup> *Bulletin de la Société de Législation comparée* 1886, p. 81.

<sup>3</sup> La plus probante, en ce sens, est celle de M. Goblet [*Déb. parl. Ch.*, mai 1881, p. 977, col. 3.]. Cf. en juin 1883 le discours de M. de la Bassetière [*ibid.*, p. 1349, col. 3] et l'observation de M. Clémenceau [*ibid.*, p. 1359, col. 1], réduisant la solution économique proposée par les orateurs de la droite à « la faculté pour les syndicats *mixtes* de recevoir des dons et legs. »

<sup>4</sup> M. le professeur Mongin avait prévu et réfuté par avance l'argument que pouvaient fournir les premières délibérations de la Chambre des députés. [*Lois nouvelles*, 1884, p. 100].—Depuis, M. Hubert-Valleroux s'est préoccupé de justifier ses affirmations [*Revue des Sociétés*, avril 1886, p. 231-235]; il a cherché à démontrer que les modifications successives du projet primitif

8. Le rapport fait au Sénat par M. Marcel Barthe nous donne le premier texte voté par la Chambre et en regard les modifications proposées par la commission sénatoriale <sup>1</sup> :

<p>Projet voté par la Chambre.</p> <p>Art. 6.</p> <p>Les syndicats professionnels auront le droit d'ester en justice.</p> <p>Ils pourront employer les sommes provenant des cotisations.</p>	<p>Sénat (projet de la Commission).</p> <p>Art. 4.</p> <p>Les syndicats professionnels auront le droit d'ester en justice.</p> <p><i>Il leur est interdit de recevoir des dons et d'acquérir autrement qu'à titre onéreux</i> <sup>2</sup>; ils peuvent employer les sommes provenant des cotisations.</p>
--	--

Cet art. 4, ainsi rédigé, fut adopté par le Sénat <sup>3</sup>. D'où résulte avec évidence que, si l'idée d'édicter contre les syndicats une incapacité générale d'acquérir à titre gratuit se produisit à la Chambre, c'est le Sénat qui l'a formulée expressément.

Le projet fait retour à la Chambre qui rétablit le texte primitif, en supprimant l'interdiction de recevoir des dons et legs, sur cette déclaration de M. Lagrange <sup>4</sup> : « La commission n'a pas cru « devoir enlever aux syndicats déclarés la faculté de recevoir « des dons. Il est à présumer que, dans la pratique, les bibliothèques syndicales et les écoles professionnelles recevront de « nombreux dons de livres, d'outils ou d'instruments. Il serait « injuste de les obliger à dépenser pour l'acquisition de ces « objets des fonds qui peuvent utilement grossir les ressources des « caisses de retraites et de secours mutuels. »

Ce texte, sur le rapport de M. Tolain <sup>5</sup>, qui ne contient aucune n'impliquaient point un changement dans les idées de la Chambre : cette argumentation, un peu tardive, ne nous paraît décisive que pour les libéralités immobilières, comme nous le disons un peu plus loin (n° 9).

<sup>1</sup> *J. off. Déb. parl. Sénat*, 1882, p. 339.

<sup>2</sup> « La commission décide que les syndicats... n'ayant qu'une personnalité civile spéciale et limitée, ne peuvent recevoir de dons et ne peuvent acquérir qu'à titre onéreux. » *Ibid.*, p. 336, col. 2.

<sup>3</sup> Séance du 12 juillet 1882 *Déb. parl.*, 1882, p. 780.

<sup>4</sup> Dans son Rapport, *J. off. Doc. parl. Ch.*, 1883, p. 397.

<sup>5</sup> *J. off. Doc. parl. Sénat*, 1884, p. 1117.

modification, est adopté par le Sénat<sup>4</sup>, sans observation. Il est devenu le texte définitif<sup>2</sup>.

9. Notre conclusion sera que l'incapacité de recevoir des dons et legs, présentée, comme générale par MM. Hubert-Valleroux et du Bled, doit être limitée aux libéralités ayant pour objet des immeubles autres « que ceux qui seront nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et à des cours d'instruction professionnelle. » (Art. 6, 3<sup>e</sup> al).

Quant à cette incapacité, ainsi restreinte, il ne saurait y avoir de doute ni sur son principe, ni sur sa sanction.

Le principe est l'incapacité pour un syndicat de recevoir des dons et legs d'immeubles autre que ceux exceptés ; et cette incapacité est absolue, radicale : aucune formalité, aucune autorisation administrative ne peut en relever le syndicat<sup>3</sup>.

Quant à la sanction, formulée tout d'abord par le Sénat<sup>4</sup>, elle disparut devant la commission de la Chambre, reparut, en séance publique<sup>5</sup>, et fut établie enfin par le Sénat<sup>6</sup> dans les termes de l'art. 8 actuel.

10. Admettons-nous, dès lors, et par *a contrario*, que les syndicats sont capables de recevoir des dons et legs mobiliers ou même immobiliers, pour les immeubles exceptionnels précités?

<sup>1</sup> Séance du 2 février 1884 *Déb. parl.*, 1884, p. 246.

<sup>2</sup> *J. off. Déb. parl. Ch.*, 1884, p. 739.

<sup>3</sup> C'est là, suivant nous, la seule conclusion que M. Hubert-Valleroux devrait tirer des travaux préparatoires de la loi de 1884 analysés par lui dans la *Revue des Sociétés* (*loc. cit.*) plus complètement que dans ses études antérieures.

<sup>4</sup> *J. off. Déb. parl. Sénat*, 1882, p. 981. « Toute donation et tout legs d'immeubles à un syndicat professionnel... sont nuls ; la nullité en sera prononcée par les tribunaux, sur la demande des parties intéressées ou sur la réquisition du procureur de la République. Les immeubles donnés ou légués feront retour aux donataires, aux héritiers ou ayant-cause des donataires ou testateurs. »

<sup>5</sup> *J. off. Déb. parl. Ch.*, 1883, p. 1339. Amendement de M. Drumel : « ... Si l'acquisition a été faite à titre gratuit, la nullité de la libéralité pourra être demandée par le procureur de la République ou par les intéressés, et les biens feront retour au disposant ou à ses héritiers et ayant-cause. »

<sup>6</sup> *J. off. Déb. parl. Sénat*, 1884, p. 471.

Oui, sans doute ; mais là n'est pas la difficulté. Elle apparaît quand on se demande si cette capacité n'est pas subordonnée à la condition d'une autorisation administrative, dans les termes de l'art. 910, C. civ.

Sur ce point, les travaux préparatoires ne contiennent aucune indication ; les textes de la loi, pas davantage, et c'est seulement dans les règles du droit commun sur la capacité des Personnes morales, par la détermination de la nature de la personnalité civile du syndicat, qu'on peut espérer découvrir les éléments d'une solution juridique.

Parmi les interprètes de la loi que nous avons pu consulter, MM. Mongin <sup>1</sup>, Veyan <sup>2</sup>, Boullaire <sup>3</sup>, Stemler <sup>4</sup> se prononcent contre l'application de l'art. 910 aux syndicats ; MM. Boullay <sup>5</sup>, Gain <sup>6</sup> tiennent au contraire pour ; si nous sommes bien informé, la pratique administrative inclinerait en ce sens, mais nous ne connaissons pas de décisions et la circulaire ministérielle ne prévoit pas la difficulté <sup>7</sup>.

Ces courtes indications suffiront à prouver que notre première question est douteuse, passons à la seconde.

11. On pourrait la scinder en deux et se demander : 1<sup>o</sup> ce qu'il advient du fonds, de l'actif syndical au cas de dissolution ; — 2<sup>o</sup> quels sont les droits, sur cet actif, des syndiqués démissionnaires ou exclus.

La loi de 1884 ne fournit quelques indications que sur le second point. L'art. 7, dans le but de protéger la liberté individuelle des membres du syndicat, proclame (al. 1) le droit pour chacun d'eux de « se retirer à tout instant de l'association, nonobs-

<sup>1</sup> *Lois nouvelles cit.*, 1884, p. 101, n<sup>o</sup> 25.

<sup>2</sup> *Loi sur les syndicats professionnels*, p. 185. Paris, A. Rousseau, 1886.

<sup>3</sup> *Manuel des syndicats professionnels agricoles cit.*, p. 99. Paris, Chevalier-Marescq, 1888.

<sup>4</sup> *Thèse doctorat*. Paris 1887, p. 261.

<sup>5</sup> *Code des syndicats professionnels*, p. 169-170. Paris, Pedone-Lauriel, 1886.

<sup>6</sup> *Les syndicats agricoles professionnels*, p. 34. Paris, Chevalier-Marescq, 1886.

<sup>7</sup> MM. Ledru et Worms ne nous paraissent pas avoir signalé la question dans leur *Commentaire de la loi sur les syndicats professionnels*. Paris, Larose, 1885.

tant toute clause contraire, » en restant, malgré cette retraite, « membre des sociétés de secours mutuels et de pensions de « retraite pour la vieillesse, à l'actif desquelles il a contribué par « des cotisations ou versements de fonds. » (al. 2).

Si la loi prend soin de conserver ainsi aux démissionnaires leurs droits dans les caisses de secours mutuels et de retraites, n'est-ce pas reconnaître qu'ils ne peuvent élever aucune prétention à une part de l'actif syndical, formé cependant lui aussi, dans une certaine mesure, par leurs cotisations? Et le premier alinéa ne confirme-t-il pas cette manière de voir en affirmant « le droit pour le syndicat de réclamer la cotisation de l'année courante » à tout démissionnaire ?

Quant à l'assimilation entre le cas d'*exclusion* et celui de *démission volontaire*, elle se justifiera par la suite (n° 15). Mais nous devons rechercher si les travaux préparatoires ne viennent pas, sur ce point, contredire ou confirmer l'argument tiré du texte.

12. La discussion devant le Sénat montre très-nettement que la difficulté n'a pas échappé à l'attention du législateur; il est indispensable de bien préciser l'échange des idées qui eut lieu au cours des débats.

Qu'on se reporte aux séances des 2 et 22 février 1884<sup>1</sup>, on y verra que le projet de la commission contenait tout d'abord cette seule disposition : « Tout membre d'un syndicat professionnel « peut se retirer à tout instant de l'association, nonobstant toute « clause contraire, mais sans préjudice du droit pour le syndicat de réclamer la cotisation de l'année courante. » (al. 1 actuel).

M. Marcel Barthe la trouvait *excellente*, mais *incomplète* pour sauvegarder réellement la liberté individuelle des syndiqués.

« Si le membre qui veut se retirer du syndicat, disait-il<sup>2</sup>, doit perdre, en se retirant, son droit *dans l'actif de la société*, actif auquel il a contribué par des cotisations personnelles nombreuses, renouvelées chaque

<sup>1</sup> *J. off. Déb. parl. Sénat*, 1884, p. 246 *in f.* à 250 et p. 465, col. 2 et 3.

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, p. 247, col. 1.

« semaine ou chaque mois, pendant des années, évidemment, on le met  
 « presque dans l'impossibilité d'exercer ce droit, que vous lui concédez, de  
 « se retirer à tout instant. Comment voulez-vous qu'il ne recule pas devant  
 « la perte de ses droits *dans un actif* quelquefois considérable ? »

Dans ce passage de son discours, comme dans le texte de l'amendement qu'il proposait, M. Marcel Barthe se préoccupait donc du droit du démissionnaire sur *tout l'actif syndical*. — Presque aussitôt, et pour pouvoir invoquer, à l'appui de son argumentation, un exemple pratique<sup>1</sup>, il restreignait, en quelque sorte, le champ de ses préoccupations au droit des dissidents dans les caisses de secours et de retraite du syndicat.

« Comment voulez-vous qu'un membre d'un syndicat qui veut s'en retirer  
 « puisse le faire avec une entière liberté, s'il est retenu par la crainte de  
 « perdre sa part dans l'actif de la société de secours mutuels et de pensions  
 « de retraite pour la vieillesse ?... Je demande donc au Sénat de vouloir bien  
 « décider que l'ouvrier... ne perdra pas, en se retirant d'un syndicat... sa  
 « part dans l'actif d'une société de secours mutuels et d'une caisse de pen-  
 « sions de retraite pour la vieillesse à la formation desquelles il a contribué  
 « par des cotisations régulièrement payées. »

13. Sur ce point spécial, le rapporteur déclara aussitôt que telle avait toujours été la pensée de la commission. On pourrait la formuler d'une manière plus explicite, lors de la seconde lecture, mais elle résultait déjà, selon lui, de l'article précédent qui ne permettait aux syndicats la création que de caisses *spéciales* de secours et de retraites. « En indiquant que ces caisses sont  
 « *spéciales*, nous avons cru et nous entendons que les droits des  
 « syndiqués seront absolument réservés<sup>2</sup>. »

Cet accord devait aboutir au vote, lors de la seconde délibération, du 2<sup>e</sup> alinéa de l'art. 7 actuel<sup>3</sup>. Mais, une fois les droits des

<sup>1</sup> Affaire de la société des chapeliers de Paris, qui avait donné lieu à un Jugement du trib. de la Seine et à un arrêt de la Cour de Paris.

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, p. 248, col. 2.

<sup>3</sup> Il est notable que cette préoccupation de protéger ainsi la liberté individuelle de l'ouvrier ne se soit fait jour qu'à l'encontre de la tyrannie possible des syndicats. Le même danger n'est-il pas à redouter de la part d'un patron qui organise, avec habileté, une société de secours mutuels ou de pensions de retraite entre ses ouvriers ? — L'ouvrier doit être libre de quitter son patron, comme il doit l'être de se séparer d'un syndicat; empruntant les



dissidents dans l'actif des sociétés de secours et de retraites reconnus, allait-on oublier de se prononcer sur leurs droits dans

expressions mêmes de M. Barthe, ne peut-on pas dire : Comment voulez-vous qu'un ouvrier qui veut quitter son patron puisse le faire avec une entière liberté, s'il est retenu par la crainte de perdre sa part dans l'actif de la société de secours mutuels et de retraites ? C'est en ce sens que nous écrivions, en 1886, dans la *Revue* (p : 371-372). « Il ne faudrait pas que, « sous le prétexte humain de procurer à l'ouvrier, par un contrat libre, de « la sécurité contre les accidents, de la sécurité contre les maladies, de la « sécurité contre le chômage, de la sécurité contre la vieillesse, on en vint « à le lier à l'usine, à restreindre son droit de changer de patron. » — Cette façon de formule ne nous semble pas inexacte, dans sa généralité ; mais n'avons-nous pas eu tort d'en faire application à l'assurance-accidents collective contractée par un patron pour ses ouvriers, à l'aide de retenues sur les salaires ? On reconnaîtra bien, tout d'abord, que ce mode de garantie des ouvriers ne diffère pas, — au point de vue qui nous occupe aujourd'hui, — de celui qui consisterait en l'organisation par le patron d'une caisse d'assurance contre les accidents, alimentée toujours par des retenues sur les salaires. Dans un cas, comme dans l'autre, ne pouvions-nous pas écrire : « l'ouvrier qui a subi des retenues sur son salaire, en vue d'une assurance-accidents, et qui se trouve par là créancier... de son patron seul n'est « garanti que s'il reste attaché au même patron ? » D'où la conclusion que l'ouvrier, retenu par la crainte de perdre son droit à l'assurance, n'a pas toute sa liberté de changer de patron. — Nous aimons trop la critique pour nous étonner quand nous la provoquons ou la méritons ; elle nous procure le moyen d'approcher de la vérité, en même temps qu'un réel plaisir lorsqu'elle émane d'une plume aussi spirituelle qu'autorisée. M. Alfred de Courcy (*Le Droit et les Ouvriers*, p. 121 et suiv.), a beaucoup raillé notre sollicitude pour l'ouvrier assuré par son patron ; il en démontre l'inanité, en faisant remarquer [p. 123 *in f.*] que cet ouvrier, qui quitte son patron-assureur, ne peut pas être considéré comme *perdant quelque chose*, comme dépouillé des primes par lui payées : ces primes ont rempli leur destination naturelle, elles ont fait face aux risques passés, l'ouvrier est sans droit aucun sur elles ; « *Il ne laisse rien derrière lui. Ses retenues « ont été la prime des risques éteints.* »

Si le reproche est fondé, ne doit-on pas l'adresser, pour partie tout au moins, aux préoccupations de M. Marcel Barthe et à la disposition de l'art. 7, 2<sup>e</sup> al., de la loi de 1884 ? — Une société de *simples* secours mutuels (sans caisse de retraites annexe) est bien, en un sens, une assurance mutuelle contre les risques de chômage par maladie, accidents etc... Les cotisations versées que sont-elles, en effet, sinon *les primes de risques éteints* ? On peut lire en ce sens un arrêt de la Cour de Douai du 28 mai 1884 (S. 1886, II, p. 58). A quel titre, dès lors, permettre aux syndiqués qui se retirent

le reste de l'actif, dans ce que nous avons appelé l'actif syndical? La question présente une telle importance que nous devons faire une large part aux citations *in extenso*<sup>1</sup> :

14. M. le Président le Royer. — Je me permettrai de faire remarquer à la commission qu'elle semble n'avoir vu qu'une des faces de la proposition de M. M. Barthe; car non seulement son amendement touche aux cotisations des caisses de secours et de retraites, mais aussi au droit que peuvent avoir les membres du syndicat dans les biens de ce syndicat. Il y a là deux points qu'il ne faut pas perdre de vue.

M. le rapporteur. — M. le président, je ne sais pas si l'honorable

du syndicat de rester membres de la société de secours du syndicat? — Nous remarquerons tout d'abord que, même pour une société de simples secours mutuels, la critique ne porterait — peut-être, — pas, si cette société fonctionnait suivant le système des *comptes individuels*, préconisé par M. Alfred de Courcy [*l'Institution des caisses de prévoyance*, p. 86 et suiv. Paris, A. Anger, 1875]; car, alors, chaque mutualiste n'a-t-il pas un droit à l'excédent, dans son compte individuel, du total des cotisations par lui payées sur les dépenses qu'il a occasionnées, les secours qu'il a reçus? — En outre, la critique n'est plus possible quand il s'agit d'une société de secours et de retraites, ou d'une caisse de retraites : des versements effectués ou des retenues subies par les ouvriers en vue d'une retraite, on ne peut plus dire qu'ils sont la *prime d'un risque éteint*; le risque couvert, la vieillesse, est à venir; l'ouvrier laisse donc quelque chose derrière lui, si, en quittant un syndicat ou son patron, il doit perdre ses droits à la retraite; l'observation de M. M. Barthe nous paraît ici exacte, et la formule générale, que nous avons employée, justifiée, en tant que nous y parlions de la *sécurité contre la vieillesse*. Quant à l'article de loi que M. Alfred de Courcy (p. 126) croit si difficile de rédiger pour parer à un danger qui, ainsi limité et précisé, ne lui semblera sans doute plus imaginaire, l'art 7. 2<sup>e</sup> al., de loi 1884 nous le fournirait : *Tout ouvrier qui quitte son patron conserve le droit d'être membre, etc. . . .* — Il faut en rapprocher le texte de l'amendement de M. Cuvinot, présenté au Sénat, au cours de la discussion sur la *proposition de loi concernant les rapports des Compagnies de chemins de fer avec leurs agents commissionnés*. *J. off. Déb. parl. Sénat*, mai, juin, novembre 1887, p. 562, 572, 579, 603; notamment aux p. 573 et 910 : « La rupture du contrat laisse subsister, nonobstant convention contraire, les droits éventuels acquis à l'employé à raison de sa participation à une caisse de retraites. » Dans cet ordre d'idées, notre législateur se préoccupe bien du péril que peut faire courir à la liberté individuelle de l'ouvrier le contrat libre. *Add. Sénat*, 20 février, 13 mars 1888, *Déb. parl.*, p. 169 et p. 296.

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 248, col. 3, *in fine* et suiv.

M. M. Barthe a insisté sur le dernier point <sup>1</sup>. S'il y a insisté, je crois pouvoir lui faire cette simple réponse, que, *en ce qui concerne l'actif des syndicats*, comme personne n'est obligé d'entrer dans un syndicat, et comme les membres ont délibéré sur les statuts, ou en ont pris connaissance avant d'y entrer, ce sont ces statuts qui détermineront le caractère, la nature, la portée de la convention...

Un sénateur à droite. — Ah ! Ah !

M. le rapporteur. — Je ne m'explique pas cette exclamation. Voulez-vous dire que la convention n'aura pas d'existence ? Avez-vous la prétention de faire d'avance ici, au Sénat, des statuts de syndicats réglant toutes les conventions qui pourraient intervenir entre les associés ? — Pour moi, il me semble que, étant admis que les syndiqués sortant de l'association conservent tous leurs droits *dans les sociétés de secours et de retraites*, il peut et doit rester entendu que ce seront les statuts qui détermineront, *quant au reste*, les droits qui appartiendront à un associé qui voudra se retirer, à moins que vous ne supposiez que les gens qui entrent dans un syndicat sont absolument inconscients, qu'ils ne savent en aucune façon ce qu'ils font ni ce qu'ils disent. Il me paraît donc que l'on peut bien leur laisser la liberté des conventions, quand on aura réglé la question relative aux sociétés de secours mutuels et aux caisses de retraites ; sauf ces exceptions, je le répète, le Sénat doit, à mon avis, accepter sans difficulté, comme règle, la liberté des conventions.

15. M. Barthe répondit, en observant que le rapporteur « avait enfin abordé la question délicate. » Assimilant les deux cas de démission volontaire et d'exclusion <sup>2</sup>, il se refusait à admettre cette liberté entière des statuts qu'on venait d'affirmer. Suivant lui, il y avait « une distinction à faire entre deux caisses sociales différentes ; » s'adressant au rapporteur, il disait <sup>3</sup> :

« Si vous voulez parler de la caisse de défense, de résistance, vous avez raison ; il est certain que si les statuts portent que le membre qui se retirera du syndicat (ou d'une grève) perdra le produit de ses versements, vous êtes dans le vrai. Oui, dans ce cas, la convention devra recevoir son effet ; je suis de votre avis. — On sera fondé à dire à cet associé : vous avez contribué à quoi ? à former le capital d'une caisse de résistance, et maintenant

<sup>1</sup> Comme nous l'avons dit (n° 12), M. Barthe l'avait indiqué au début de son discours, puis avait semblé le perdre de vue pour ne s'occuper que de l'actif des caisses de secours et de retraites.

<sup>2</sup> Cf. n° 11 *in fine*.

<sup>3</sup> Nous ne reproduisons pas tout ce qui, dans cette réponse de M. Barthe, est relatif à l'affirmation du droit des syndiqués démissionnaires ou exclus dans les caisses de secours et de retraites.

que la résistance a lieu vous vous retirez. Il n'est pas juste qu'après avoir accepté les conditions relatives à la création de cette caisse, après avoir profité peut-être des fonds qui s'y trouvaient, vous puissiez, en vous retirant du syndicat (ou de la grève), obtenir la restitution, en totalité ou en partie, des sommes que vous y avez versées. Cela se comprend..... Mais M. le rapporteur ajoute : si les statuts portent que, *pour le surplus de l'actif autre que celui de la caisse de résistance*, le membre qui se retirera perdra sa part, cette clause doit être exécutée. Je répons que cela n'est pas possible, parce que la loi et la justice s'y opposent.... Ainsi insérer dans des statuts que le membre d'un syndicat qui aura régulièrement versé ses cotisations pour acquérir, par exemple, un immeuble destiné aux réunions de l'association, à des cours professionnels ou à une bibliothèque, perdra, en sortant de l'association, *sa part de l'actif à la formation duquel il aura contribué*, c'est faire une chose que la justice ne peut admettre, que la loi et les principes relatifs aux sociétés <sup>1</sup> ne peuvent reconnaître.

« Je suis parfaitement d'accord avec vous, au contraire, quand vous distinguez entre la caisse de résistance ou le reste de l'actif social, je comprends très bien que vous disiez qu'un membre qui se retirera d'une association perdra sa part des fonds de la caisse de résistance; mais *il ne peut perdre sa part* lorsqu'il s'agit du surplus de l'actif de la société; il doit la conserver conformément à la loi, et en vertu de ce principe que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui. »

16. Le rapporteur se refusa à admettre la distinction, proposée par M. M. Barthe, entre ce qui, dans le fonds syndical, pouvait correspondre à une caisse de résistance, et le reste. Il ne concevait pas que « tout membre sortant d'un syndicat pût l'obliger, chaque jour, à une liquidation. » Il maintint que la liberté des statuts devait être, à cet égard, entière.

On ne put s'entendre, dans cette séance. L'amendement de M. M. Barthe fut repoussé <sup>2</sup>. Il reparut lors de la seconde lecture <sup>3</sup>.

Mais, dans l'intervalle, la commission s'en était approprié une partie, celle sur laquelle l'accord s'était fait dès la première délibération, relative aux droits dans les caisses de secours et de retraites, qui est devenu l'al. 2 de l'art. 7; l'amendement se

<sup>1</sup> Resterait à démontrer que ce sont les principes relatifs aux sociétés qui sont seuls applicables aux syndicats. C'est ce que nous aurons à rechercher par la suite (n° 60). On peut voir dès à présent que c'est la clef de la difficulté.

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, p. 249, *in f.*

<sup>3</sup> *Loc. cit.*, p. 465, col. 2.

réduisait donc à l'addition d'un alinéa 3, ainsi conçu : « Quant  
 « *au surplus de l'actif du syndicat*, le membre qui, pour une  
 « cause quelconque <sup>1</sup>, cessera de faire partie de l'association,  
 « n'aura droit qu'à une indemnité pécuniaire, proportionnée à  
 « la part pour laquelle il y aura contribué par des cotisations ou  
 « versements de fonds. »

17. M. Marcel Barthe n'eut pas l'occasion de préciser la portée de son amendement; voici, en effet, la courte déclaration empruntée au passage précité du *Journal officiel*.

M. M. Barthe. — Messieurs, la commission m'a fait l'honneur d'accepter la partie la plus importante de mon amendement. Par sa nouvelle rédaction elle admet que le membre du syndicat qui se retire conservera le droit de faire partie des sociétés de secours mutuels et de retraites. Cette concession me suffit.

*Quant au droit des membres qui se retirent, sur le surplus de l'actif, si des contestations s'élèvent, elles seront réglées d'après le droit commun.*

M. le rapporteur. — C'est entendu.

Et l'art. 7 actuel est voté. — La discussion du 2 février aboutissait donc, le 22, à un renvoi, d'un accord unanime, au *droit commun*.

Et la difficulté reste la même, dans les deux hypothèses possibles : elle est évidente, si les statuts syndicaux n'ont pas prévu les éventualités de dissolution, démission ou exclusion, cas exceptionnel en fait, car il suppose une insouciance par trop grande chez les fondateurs ; — elle subsiste, si les statuts contiennent des règles précises à cet égard ; car il s'agit de savoir si les statuts sont, ici, libres et souverains, comme le disait le rapporteur à la séance du 2 février, ou si la loi et la justice commandent les restrictions dont parlait M. M. Barthe.

Dans les deux cas, le *droit commun* seul peut fournir la solution, reste à le découvrir.

18. La découverte n'est pas aisée : avec les syndicats professionnels de la loi de 1884, nous nous trouvons en présence d'associations *personnalisées*, or quel est le droit commun des

<sup>1</sup> C'est bien là, toujours, l'assimilation entre la démission volontaire et l'exclusion.

Personnes morales? Il n'y en a pas, ou, ce qui revient au même, il y en a plusieurs.

Nous sommes ainsi ramenés au problème abstrait, dont nous avons montré déjà (n° 10) que dépend aussi la réglementation des dons ou legs faits aux syndicats : dans quelle catégorie de personnes morales doit-on les ranger, quelle est la nature de leur personnalité civile ?

## II.

*Sommaire.* — 19. Caractère purement doctrinal des classifications admises pour les personnes morales : difficultés d'application. — 20. Exemple des associations syndicales de la L. 21 juin 1865. — 21. Question pour les syndicats professionnels. — 22-26. Opinions contradictoires. — 27. Nécessité d'un *criterium* pour distinguer les personnes morales *privées* et *publiques* — 28. La tradition. — 29. Droit actuel. — 30. Fondations ou associations. — 31-33. Intervention spéciale des Pouvoirs publics pour l'avènement des personnes morales—34. But d'intérêt privé ou d'intérêt général. — 35. *Criterium* proposé.— 36. Comparaison entre la société de secours mutuels personnalisée et la société commerciale. — 37. Sort du fonds social au cas de dissolution. — 38. Motifs de l'art. 10 de la L. 15 juillet 1850. — 39. Projets de réforme au Sénat. — 40. Dangers spéciaux de la dissolution d'une société de secours mutuels. — 41. Liberté des conventions.— 42. Les deux classes de personnes morales — 43. Différence dans la nature de leurs patrimoines. — 44. Leur capacité, en matière de dons et legs est-elle identique ? — 45-47. Motifs de l'art. 910, C. civ. — 48. Condition des personnes morales *privées* quant aux dons ou legs qui leur sont adressés. — 49. Résumé ; antithèse entre les personnes morales *privées* et *publiques*.

19. Il semble que cette notion de la personnalité civile, — en France, tout au moins, — ait toujours effrayé le législateur. Non pas qu'il l'ait méconnue ; on en a parlé beaucoup à propos des syndicats <sup>1</sup> et à propos des sociétés de secours mutuels <sup>2</sup>, on en parlera bien plus encore au cours des débats, qui semblent appro-

<sup>1</sup> Voy. notamment le rapport de M. Allain-Targé [*Doc. Parl. Chambre*, mars 1881, p. 364-365]. Les discours de M. Trarieux [*Ch. Deb. Parl.*, maj 1881, p. 957, col. 3] ; — de M. Dubost [*ibid.*, p. 960 et suiv.] ; — de M. Ribot [p. 963] ; — de M. Goblet [*ibid.*, p. 976 col. 3] ; — de M. Rouher [*ibid.*, p. 998, col. 2 et suiv. p. 999, *in f.*, et 1000] ; — de M. Martin-Feuillée [p. 1001 col. 2].

<sup>2</sup> Voy. notamment *Sénat. Deb. Parl.*, 1886, p. 793.

cher, sur la loi générale des associations; mais il n'a jamais osé la regarder en face, en quelque sorte, ni tenter de l'éclaircir, en la précisant.

Résultat d'une lente et laborieuse évolution, dont on a essayé de décrire les phases successives <sup>1</sup>, elle est encore à l'état vague et indéterminé où trop souvent aboutit la doctrine, quand elle crée une théorie, soit pour coordonner des solutions de jurisprudence, soit pour expliquer des inventions légales imaginées au fur et à mesure des nécessités pratiques, lorsque la complexité des relations sociales, faisant apparaître l'insuffisance de la *machine juridique*, exige l'addition de quelque rouage.

La loi du 21 mars 1884 a donné le jour à toute une catégorie de personnes morales nouvelles; nous ne disons pas une catégorie nouvelle; ce serait préjuger la solution que nous cherchons. Cette loi eût pu assigner aux nouveaux venus une place dans les classifications admises parmi les *êtres fictifs*; mais c'est là affaire de doctrine et la loi ne s'en est point occupé. Si ces classifications sont exactes, si elles correspondent à des distinctions réelles les syndicats trouveront naturellement où se placer. Si non, il faudra imaginer une classification moins imparfaite ou ajouter une case à l'ancienne.

20. Une difficulté analogue s'est présentée déjà pour plusieurs de ces *institutions personnalisées* dont le XIX<sup>e</sup> siècle a été si fécond. Nous n'en citerons qu'un exemple, celui des associations syndicales *autorisées*, créées en vertu de la L. 21 juin 1865 <sup>2</sup>. On a soutenu qu'elles constituaient des *établissements publics* et, en sens contraire, qu'elles n'étaient que des *établissements*

<sup>1</sup> Voy. notamment M. Vauthier, *Etude sur les personnes morales*, thèse d'agrégation présentée à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles. Paris, Pedone-Lauriel, 1887.

<sup>2</sup> Ces associations n'ont rien de commun avec les syndicats agricoles qui peuvent se former en bénéficiant de la loi de 1884; elles ont pour but principal l'exécution de travaux agricoles, travaux de défense contre des causes de destruction ou d'insalubrité menaçant des propriétés privées, travaux d'amélioration... qui ne peuvent les uns ou les autres être utiles que s'ils sont faits en commun. Elles constituent bien moins des sociétés de personnes que des « communautés territoriales », suivant l'observation faite au cours des débats de la L. 1865.

*d'utilité publique* <sup>1</sup>. Une troisième opinion s'est également produite <sup>2</sup>, d'après laquelle les associations syndicales *autorisées*, tout comme les associations *libres*, seraient des sociétés privées, jouissant de privilèges exorbitants du droit commun, en vertu de la L. 1865, privilèges qui ne sauraient avoir pour effet de les transformer en établissements publics ou d'utilité publique.

21. Les syndicats professionnels ont été relativement plus heureux : les auteurs, sur leur compte, ne se sont divisés qu'en deux partis. Il ne pouvait être question de les ranger parmi les établissements publics : pour en venir là il faudrait d'abord que le triomphe du socialisme eût amené l'embrigadement de toutes les professions sous la direction de l'Etat; il faudrait aussi que les Pouvoirs publics tolérassent la formation de syndicats entre fonctionnaires. Aucune de ces éventualités ne nous semble prochaine <sup>3</sup>. Mais, sont-ils comme des *Établissements d'utilité publique* ou comme des *sociétés privées*? Voilà la difficulté.

22. Le Ministre de l'intérieur, dans la circulaire déjà citée, paraît bien se prononcer dans le premier sens <sup>4</sup> : « Grâce à l'article 6, écrit-il, le syndicat devient une personne juridique « d'une durée indéfinie, distincte de la personne de ses membres, « capable d'acquérir et de posséder *des biens propres*, de prêter, « d'emprunter, d'ester en justice, etc. Ainsi ces associations pro-

<sup>1</sup> Voy. les autorités, dans ces deux sens, note sous Cass., 1<sup>er</sup> déc. 1886, Sirey, 1887. I. p. 105.

<sup>2</sup> M. Arthur Bouvier, *Des associations syndicales en matière de travaux agricoles*, thèse pour le doctorat. Lyon, Mougins-Rusand, 1887, p. 184 et suiv.

<sup>3</sup> Cf. n<sup>o</sup> 2, note 8.

<sup>4</sup> Les passages soulignés nous semblent formels en ce sens, malgré les arguments que M. Boullaire (*op. cit.*, p. 92-94) prétend y trouver à l'appui de la thèse opposée. Dans la discussion même, M. Waldeck-Rousseau avait eu, d'ailleurs, l'occasion de s'exprimer très nettement en ce sens : on proposait, à la Chambre, de rattacher au ministère du commerce le service des syndicats, en l'enlevant au ministère de l'intérieur, M. W.-Rousseau s'y opposait : « Les syndicats professionnels *ne sont pas des sociétés de commerce*; ce ne sont *même pas du tout des sociétés*... Comme associations... ces groupes très importants, très intéressants, doivent rester « dans le domaine de l'administration du ministère de l'intérieur. » Et cet avis l'emportait [*Ch. déb. parl.*, juin 1881, p. 1361 *in fine*].



« fessionnelles, d'abord prosrites, puis tolérées, sont élevées par  
 « la loi du 21 mars au rang des établissements d'utilité publique,  
 « et, par une faveur inusitée jusqu'à ce jour, elles obtiennent cet  
 « avantage, non en vertu de concessions individuelles, mais en  
 « vertu de la loi et par le seul fait de leur création. Les Pouvoirs  
 « publics, en aucun temps, en aucun pays, n'ont donné une  
 « plus grande preuve de confiance et de sympathie aux travail-  
 « leurs. »

23. Tout au contraire M. Boullaire <sup>1</sup>, à la suite de M. Sénarts distinguant avec netteté les établissements d'utilité publique, des sociétés privées, « classe plus privilégiée », décide que les syndicats « appartiennent incontestablement à la seconde catégorie. » Il est toutefois à remarquer que l'auteur, qui, en ce passage, écrit que « les syndicats sont assimilables surtout aux sociétés civiles « et commerciales, » lorsqu'il s'agit de les distinguer des établissements d'utilité publique, s'appliquera, par la suite, à plusieurs reprises <sup>2</sup>, à faire ressortir en quoi ils diffèrent de ces mêmes sociétés; et, suivant nous, il réussira pleinement alors à marquer leurs caractères propres (Cf. n° 53 et s.).

24. M. Boullay n'était pas moins affirmatif <sup>3</sup>: après avoir rappelé les deux classes de personnes morales admises dans notre législation, établissements publics et sociétés privées, il ajoute : « D'après l'esprit général sous l'empire duquel (?) la loi « a été conçue, il n'y a pas d'hésitation à avoir : c'est dans la « seconde classe qu'il faut faire rentrer les syndicats profes-  
 « sionnels. Ceux-ci pouvoient bien, comme les établissements  
 « publics, à un intérêt général, mais la liberté de leur constitution  
 « les rend assimilables surtout aux sociétés civiles et commer-  
 « ciales ».

25. Chez M. Veyan nous trouvons, sous une classifica-  
 tion différente <sup>4</sup> en apparence, la même solution, le refus de

<sup>1</sup> *Op. cit.*, p. 91-95.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 125 et suiv., 134, 246.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 168.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 174 et s., il n'est pas question des sociétés de commerce; l'auteur oppose aux établissements d'utilité publique, investis d'une vie propre « au moyen d'une autorisation spéciale par voie de décret... ou de « simple arrêté », « le groupe des personnes morales proprement dites(?)»

ranger les syndicats parmi les établissements d'utilité publique.

26. Enfin M. Gain <sup>1</sup>, ne parvenant à se décider ni dans un sens, ni dans l'autre, considérera les syndicats « comme une « institution nouvelle qui, à raison de motifs économiques ou « surtout politiques, va être régie par une législation empruntant « aux sociétés privées leur principe de liberté pour la constitu- « tion et l'organisation intérieure, et aux établissements publics « la tutelle administrative pour les entraves que la législation « croit utile d'imposer dans un intérêt social. Cette distinction « est très-délicate, et, nous ajouterons, très-difficile à appliquer « dans la pratique, en présence du laconisme et des lacunes de « notre loi. »

27. Devant de pareilles contradictions, ne serait-il pas indis- pensable de rechercher, tout d'abord, à quel signe, par quel procédé on peut arriver à distribuer, en deux catégories opposées, les diverses personnes morales ? Si nous trouvons un *criterium* certain et raisonnable pour les distinguer, il suffirait, ensuite, d'en faire l'application aux syndicats professionnels.

Ce travail de recherche n'est ni nouveau, ni facile et nous voudrions en bien limiter le champ : d'une part, nous laisserons de côté la distinction entre les établissements publics et d'utilité publique, qui a été tracée de main de maître dans plusieurs ouvrages de droit administratif ; elle est sans application ici puis- qu'on ne peut songer à voir dans nos syndicats des établissements publics, proprement dits. D'autre part nous ne prétendons point rappeler tous les intérêts, d'ordres très-divers, qu'offre l'anti- thèse entre les P. M. *publiques* et les P. M. *privées* : nous ne chercherons point à être complets à cet égard ; s'il était possible de tracer bien nettement la ligne idéale qui sépare les deux

« c'est-à-dire celles qui existent par un bienfait spécial de la loi... qui « acquièrent la personnalité civile par le fait même de la loi qui les crée. » Il cite « les syndicats agricoles libres, les sociétés de secours mutuels libres, (?) etc... » dans cette catégorie, et y range nos syndicats. Cette classi- fication manque, au moins, de netteté, mais plus loin (p. 185) il est dit expressément que les syndicats « ne sont pas à proprement parler des établissements d'utilité publique.

<sup>1</sup> *Op. cit.*, p. 31, n° 52.

*espèces*<sup>1</sup> de personnes morales, on pourrait, sans peine, énumérer ensuite, toutes les conséquences pratiques qui découleraient de la nature propre à chacune d'elles.

28. Constatons, tout d'abord, que cette distinction, à laquelle les auteurs se réfèrent très-généralement aujourd'hui, n'est pas nouvelle. Domat, déjà<sup>2</sup>, opposait les communautés, parmi lesquelles il range les corps d'artisans<sup>3</sup>, aux sociétés. Les communautés sont des assemblées de plusieurs personnes unies en « un corps, formé par la permission du prince, distingué des autres personnes qui composent un Etat, et établi pour un bien commun à ceux qui sont de ce corps et qui ait aussi son rapport au bien public. Ce qui fait que les communautés sont perpétuelles, et qu'on les distingue des sociétés dont il a été traité dans le titre de la Société des Lois civiles : car celles-ci ne se forment que pour les intérêts particuliers, sans nécessité de la permission du prince et seulement pour un certain temps ou au plus pour la vie des associés. »

On peut, en effet, se reporter aux Lois civiles<sup>4</sup>; dès le début du titre de la Société, Domat énumère les diverses applications pratiques des sociétés « pour des manufactures, pour des commerces de marchandises, pour des fermes du roi ou des particuliers, et pour d'autres affaires de plusieurs natures », mais aucune allusion n'y est faite aux communautés. C'est au titre des Personnes<sup>5</sup> qu'il en parle seulement et en des termes à peu près identiques à ceux que nous avons empruntés au Droit Public.

29. Il est vrai qu'alors la distinction s'imposait, puisque les

<sup>1</sup> Les personnes morales, qu'on qualifie de *privées*, constituent-elles véritablement des personnes morales? Il nous semble que, sans paradoxe, la négative pourrait être soutenue; c'est ce qui apparaîtra par la suite. Ce qu'il y a de certain, c'est que la notion de la personnalité civile, dont il a été fait un véritable abus pour expliquer de nombreuses situations juridiques, tend à se restreindre de plus en plus. Dans la manière de voir que nous indiquons, il n'y aurait qu'une restriction nouvelle; les divers effets qu'on rattache à la personnalité des sociétés privées, continueraient à se produire; on les expliquerait sans faire intervenir l'être *factif*. Cf. n° 42 n. 2.

<sup>2</sup> *Droit public*, liv. I, tit. XV.

<sup>3</sup> *Ibid.*, sect. I, § 2 et 12.

<sup>4</sup> Liv. I, tit. VIII.

<sup>5</sup> Liv. I, tit. II, sect. 2, § 15.

communautés seules « tiennent lieu de personnes », et non les sociétés : les premières seules sont des personnes morales. Sans doute ; mais il est notable que cette différence n'est point celle qui frappe Domat, il ne l'indique pas ; c'est par leur nature même, par leur but, par leur durée qu'il les distingue. Aujourd'hui les unes et les autres sont dites personnes morales ; mais l'opposition entre elles subsiste toujours, du moins on le reconnaît habituellement ; d'un côté les sociétés commerciales réalisent le type des P. M. *privées*, d'un autre côté on est d'accord pour ranger dans les P. M. *publiques* des institutions très-diverses, les caisses d'épargne, les sociétés de secours mutuels *reconnues* ou *approuvées*, les monts-de-piété, les congrégations religieuses reconnues et toutes les fondations de charité, bienfaisance, prévoyance, toutes les associations savantes, artistiques, amicales, etc., etc., érigées par décret en établissements d'utilité publique.

Où peut être la raison de l'antithèse qui se maintient, comme au temps de Domat, mais qui porte aujourd'hui sur la nature des personnalités civiles également proclamées ?

30. Personne ne soutiendra, pensons-nous, que le signe caractéristique de la P. M. *privée* soit qu'elle présuppose une association, tandis que la P. M. *publique*, — une caisse d'épargne, un mont-de-piété, un hospice privé reconnu — peut exister, sans avoir pour base aucun groupement d'individus <sup>1</sup>. La plupart des établissements d'utilité publique précités comportent une association préalable, à la persistance de laquelle est subordonnée la vie de la personne morale. Il ne suffirait donc pas de constater

<sup>1</sup> Il est bien entendu que ce n'est pas la réunion des déposants, des emprunteurs, des malades qui *soutient* la personnalité civile de ces établissements : elle existe en dehors d'eux. M. Vauthier, si nous l'avons bien compris (p. 386 et s., notamment), laisse entendre que dans toute personne morale publique il en est ainsi, au regard des individus qui peuvent être groupés autour de l'*œuvre personnalisée*, et, en ce sens, il oppose l'association, l'*universitas*, l'être collectif à l'établissement public qui, lui, n'aurait jamais pour *substratum* (p. 271) la collectivité. — Cette manière de voir, loin de se confondre avec l'opinion que nous signalons au texte, nous paraît reposer sur la même idée que celle qui sera développée plus loin, à savoir que la P. M. *publique* efface les droits individuels qui, au contraire, restent intacts en face d'une P. M. *privée* (n° 42).

qu'un syndicat professionnel implique une collectivité d'individus pour assimiler la nature de sa personnalité civile à celle d'une société commerciale, pour le déclarer *P. M. privée*. A raisonner ainsi comment expliquerait-on le caractère, non contesté, de *P. M. publique* d'une société de secours mutuels, d'une congrégation religieuse ? Sur ce point, pas de doute.

31. Mais une opinion, assez fréquemment émise, est que les *P. M. publiques* sont celles dont la création exige une intervention spéciale et individuelle des Pouvoirs publics, tandis que les *P. M. privées* se forment librement, existent par le fait seul du contrat de société, suivant les formes légales.

Il suffirait cependant de remarquer que, pendant longtemps, les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes ont été soumises à la nécessité d'une autorisation administrative, qu'il en est de même aujourd'hui pour les tontines et les sociétés d'assurances sur la vie ; or, a-t-on jamais songé à soutenir qu'elles constituaient, pour cela, des *P. M. publiques* ?

Peut-être objectera-t-on que si des *P. M. privées* ne se créent parfois qu'avec une autorisation administrative, il n'y a pas d'exemple, en sens inverse, de *P. M. publiques* formées librement, et que, dès lors, toutes les fois qu'une association atteint la personnalité sans un décret ou un arrêté, sa nature est fixée, elle est *P. M. privée*. C'est là, si nous ne nous trompons, la raison qui détermine la plupart des auteurs précités à voir dans les syndicats professionnels de simples sociétés privées.

L'objection ne nous semble pas décisive, elle donne trop d'importance à une simple question de forme, à la procédure suivant laquelle la reconnaissance de la *P. M. publique* se produit.

32. Notre législation à cet égard manque d'unité : tantôt une loi spéciale de reconnaissance est nécessaire ; tantôt la loi délègue au Pouvoir exécutif le droit de reconnaître ; il faut le plus souvent un décret, parfois un arrêté préfectoral suffit. Mais, dans tous ces cas, c'est toujours dans la loi qu'est le germe de la personnalité civile. Pourquoi le législateur n'atteindrait-il pas directement le même but ? Pourquoi n'édicterait-il pas une reconnaissance générale de toutes les personnes morales se fondant dans des conditions prévues ? Tel peut être le cas pour les syn-

dicats professionnels ; c'est en ce sens que le ministre de l'intérieur aurait écrit qu'ils étaient l'objet d'une faveur inusitée jusqu'à ce jour.

On dit, l'avènement des syndicats à la vie civile s'opère comme pour les sociétés commerciales <sup>1</sup> ; donc, naissant dans les

<sup>1</sup> Ce rapprochement a été fait dans la discussion de la loi à la Chambre des députés. Elle apparaît dans le rapport de M. Allain-Targé (*Doc. parl. Ch.*, mars 1881, p. 363, col. 2, 365, col. 1), elle se retrouve dans un discours de M. Floquet (*Déb. parl. Ch.*, mai 1881, p. 966, col. 2 et 3) qui va même plus loin, beaucoup trop loin suivant nous, quand il affirme, dans un mouvement oratoire, provoqué par des interruptions, que les syndicats doivent, comme les sociétés commerciales, échapper à la nécessité d'une autorisation administrative spéciale, parce *qu'ils ne sont que des sociétés commerciales*. « Que veulent faire les associations syndicales ? quel est le but de ces associations ouvrières, sinon de vendre la plus précieuse des marchandises, le travail humain, et de le vendre aux meilleures conditions ? Oui ! le but est de tirer un lucre, un profit à répartir entre les membres du syndicat. . . . Jusqu'à ce jour, la marchandise qu'on appelle le travail, a été vendue en détail, parcelle par parcelle, par des hommes isolés ; maintenant, il faut, au moyen de l'association, établir le commerce en gros, collectif, de cette marchandise qu'on appelle le travail humain. Ces sociétés veulent se fonder pour établir ce trafic, ce commerce, et elles ont pour but de faire gagner un sou, deux sous ou dix sous de plus par jour à des milliers de travailleurs. Eh bien, je dis que le commerce, que l'entreprise, que la spéculation qui veulent atteindre ce but sont aussi respectables — je ne dis pas plus — que les entreprises, que les sociétés, que les spéculations constituées en vue de procurer des bénéfices, des profits, des dividendes, à des associés, à des actionnaires. . . » Cette déclaration, malgré les applaudissements qui l'ont accueillie, me paraît n'avoir été que l'expression d'une opinion personnelle. Lors de la 2<sup>e</sup> délibération, M. Pierre Legrand (*Déb. parl. Ch.*, juin 1881, p. 1166, *in fine*) montrait tout ce qu'il y avait d'exceptionnel dans la concession de la personnalité civile accordée *en masse* aux syndicats ; interrompu par M. Allain-Targé qui citait la loi de 1867, il répliquait aussitôt : « Vous me parlez d'une loi sur les sociétés commerciales. . . Il ne s'agit pas de cela, en ce moment. . . Il s'agit de syndicats ouvriers qui se réunissent pour étudier leurs intérêts professionnels et *non pas pour faire le commerce*. Il ne s'agit pas ici de spéculations, ni de lois pour les encourager. . . Il ne faut en aucun cas assimiler la loi nouvelle aux lois sur les sociétés ordinaires. » Nous ne croyons pas que personne ait songé à s'approprier la thèse de M. Floquet qui tendrait à ne voir dans les syndicats professionnels que des sociétés commerciales, dispensées de toutes les conditions de formation du droit commun (C. co. ou L. 1867).

mêmes conditions, ils doivent vivre de la même vie, être comme elles des P. M. *privées*. Notre réponse sera double : d'abord les syndicats se forment plus facilement même que les sociétés commerciales, il n'y a pas identité dans les conditions de leur formation ; en outre, fussent-elles identiques, il faudrait démontrer (on ne l'a jamais fait) que la similitude dans les procédés de formation des personnes morales entraîne la similitude de leurs natures. En réalité, qu'il s'agisse de P. M. *privées* ou *publiques*, le législateur veut une intervention spéciale, individuelle des Pouvoirs publics dans leur formation, quand il juge cette garantie nécessaire à l'intérêt général.

La loi de 1884 a pu ne pas considérer comme utiles un examen spécial, une enquête, un décret ou un arrêté individuels pour chaque création de syndicat : elle a pu faire, une fois pour toutes, la déclaration d'utilité publique des syndicats. C'est une innovation : elle ne suffit pas, à elle seule, pour indiquer la place des syndicats dans la classification admise des personnes morales.

33. On comprend que, suivant la faveur que le législateur témoigne, d'après les idées, le goût du jour, à telle ou telle institution, il recoure au procédé plus large de la reconnaissance en masse, au lieu de s'en tenir au procédé habituel de la reconnaissance spéciale <sup>1</sup>. Ce que l'on ne comprendrait pas, c'est que la

<sup>1</sup> « Le système du projet de la commission est d'une simplicité extrême et d'une clarté saisissante. Il consiste, chaque fois que des circonstances nouvelles se manifestent, chaque fois que, dans l'ordre des faits sociaux se produisent des phénomènes heureux, ou des besoins nouveaux, politiques, économiques, religieux, qui exigent pour leur développement et leur satisfaction l'emploi de la liberté d'association, il consiste à les vérifier, à les constater, puis, à donner collectivement par la loi aux groupes d'individus constitués, ou non, mais qui peuvent se constituer, que ces événements intéressent ou peuvent intéresser, la pleine liberté d'association, les reconnaissant ainsi, en quelque sorte, comme d'utilité publique, d'utilité sociale. Aujourd'hui, il s'agit d'intérêts ouvriers, de l'ordre économique ; demain il pourra s'agir d'intérêts d'ordre politique ou même d'ordre religieux ; je n'y vois pas d'inconvénient. » [M. A. Dubost, *Ch. Déb. parl.*, mai 1881, p. 961]. — Nous sommes loin, d'ailleurs, d'adhérer à la théorie de la personnalité civile développée dans ce discours ; mais ce passage nous paraît, sur ce point spécial, présenter

procédure adoptée fit varier la nature propre de l'être fictif<sup>1</sup>. Un jour viendra peut-être (nous ne le souhaitons pas) où les congré-

nettement les idées du législateur. Sous une autre forme, le rapporteur disait de même : « Toute notre loi est là : elle a pour but de donner la personnalité civile aux syndicats. » (*ibid.*, p. 923). Il l'appelait « une loi spéciale qui se propose sur toutes choses de conférer la personnalité civile. » — « Il est nécessaire de faire une loi spéciale pour donner aux chambres syndicales qui ont besoin de la personnalité civile cette personnalité avec les droits qu'elle comporte. » Et le président de la commission, M. Floquet (*ibid.*, p. 925, col. 1) insistait : « La reconnaissance légale des chambres syndicales, — car c'est là ce que nous organisons, ce n'est point le droit d'association ni le droit de réunion, — la reconnaissance légale des chambres syndicales a été demandée... depuis 1862. » Les objections mêmes qui s'élevèrent contre ce système achèvent de le préciser, M. Ribot [*ibid.*, p. 925, col. 3, cf. p. 963 *in f.*] se demandait « si cette concession de la personnalité civile, qui est une chose grave au point de vue de notre droit public, n'appelle pas certaines garanties, certaines limitations; » et M. Trarieux (*ibid.*, p. 959, col. 1) remarquait qu'il était « absolument sans précédents que des êtres moraux soient sortis tout à coup d'un pacte d'association sans que la société se soit réservé le droit de voir si ce pacte ne renfermait rien de contraire aux prescriptions essentielles de la loi générale. » M. Goblet enfin [*ibid.*, p. 976, col. 2] adhérait pleinement à la définition donnée par M. Floquet du caractère de la loi quand il disait « qu'il était la reconnaissance légale des syndicats professionnels. » Mais il constatait presque aussitôt que c'était « un principe nouveau contraire aux principes de toute notre législation... » [*ibid.*, p. 977, col. 3]. M. Floquet ne le niait point (*ibid.*, p. 1003, col. 3) : « Ce sont des formules que nous connaissons depuis longtemps, mais que nous voulons changer, voilà tout. » « ... L'innovation consiste précisément à vous demander d'user de votre droit d'autorisation générale... de soustraire vous-mêmes les syndicats à l'autorisation de la police, de les investir vous-mêmes des droits civils absolument nécessaires à leur existence, à leur action que nous connaissons, à leur but qui est bien déterminé. »

<sup>1</sup> On peut dire qu'elle a une influence sur ses garanties d'avenir; mais c'est tout : un décret se rapporte, en effet, plus facilement qu'une loi ne s'abroge, si donc une association tire sa personnalité d'une reconnaissance par décret, elle est plus exposée à la perdre que si elle lui vient d'une loi. Sur ce point l'observation de M. Veyan (*op. cit.*, p. 175) est exacte; elle ne l'a pas toujours été : l'art. 11 de la L. 12 juillet 1875, donnant au Pouvoir exécutif compétence pour déclarer d'utilité publique les établissements d'enseignement supérieur, exigeait cependant une loi pour le retrait de la reconnaissance. La loi 18 mars 1880 a fait cesser cette anomalie, que nous



gations religieuses, bénéficiant d'une reconnaissance générale, auront, de droit, la personnalité civile; que la loi soit ainsi faite, c'est, sans doute, possible en quelque pays, c'est, en tout cas, le vœu de l'École catholique, c'est la théorie des « corps spontanés <sup>1</sup> » transportée de la sociologie dans le domaine juridique. Pense-t-on que, de son application, résulterait un changement dans la nature de la personnalité civile des congrégations?

Si la distinction entre les P. M. *privées* ou *publiques* est scientifique, rationnelle, naturelle, le *criterium* qui sert à l'établir doit l'être aussi, il ne peut pas dépendre des variations de la procédure à fin de reconnaissance. Nous pourrions admettre celui qu'on propose, tout arbitraire qu'il soit, si, par une théorie d'ensemble, le législateur français avait classé ainsi les personnes morales; mais il n'existe rien de pareil, nous l'avons dit au début de cette étude (n° 19) : notre classification est toute doctrinale <sup>2</sup>; une doctrine sérieuse, solide ne peut pas s'établir sur des faits aussi contingents, variables, mobiles que les formes suivant lesquelles se manifeste l'intervention du Souverain.

34. C'est ainsi, pensons-nous, qu'on a été le plus généralement amené à rechercher, dans le but poursuivi par la création de l'être fictif, la détermination de sa nature. — L'antithèse suivante a été faite et a séduit beaucoup d'auteurs : seraient des P. M. *privées*, toutes celles qui sont constituées dans un but exclusif d'*intérêt privé*; — seraient des P. M. *publiques*, celles qui ont pour but de servir l'*intérêt général*.

Cette formule renferme, une grande part de vérité; c'est bien par la diversité de leurs fins que les P. M. peuvent être réelle-

rappelons, ici, comme une preuve de l'absence, dans notre législation, de tout principe fixe, relativement aux règles suivant lesquelles se forment les P. M. *publiques*. Leur existence exige l'intervention des Pouvoirs publics, voilà qui est certain, voilà la règle immuable; ce qui est variable, ce sont les formes de cette intervention.

<sup>1</sup> Voy. M. Taine, *Revue des Deux-Mondes*, 15 janvier, 1<sup>er</sup> février 1888, p. 256, VII, *in fine*. et suiv. et p. 481.

<sup>2</sup> La Cour de cassation l'a reconnu pour la distinction entre les établissements publics et d'utilité publique (Rej. 28 octobre 1885, Sirey, 1886. I. p. 436), et cela ne nous paraît pas moins certain pour notre distinction entre les P. M. *privées* et *publiques*.

ment distinguées ; mais il est insuffisant de dire qu'il n'y a qu'à rechercher si ces fins sont d'intérêt privé ou d'intérêt général.

Il y a des sociétés dont le fonctionnement est si bien considéré comme touchant à l'intérêt général, que le Souverain intervient dans leur création (tontines, sociétés d'assurances sur la vie) ; on ne saurait dire qu'elles sont créées dans un but exclusif d'intérêt privé, et cependant tout le monde reconnaît qu'elles constituent des *P. M. privées*.

Le *criterium* proposé ne pourrait servir que dans les cas où le but d'intérêt général à poursuivre par la personne morale est pur de tout alliage avec l'intérêt privé des particuliers, ses organisateurs : alors, sitôt qu'elle atteindra la personnalité civile, elle constituera une *P. M. publique*. Par avance, on peut dire aux organisateurs : la *P. M.* dont vous préparez l'avènement par votre association, par votre fondation, sera *publique* ; donc vous ne pouvez pas la créer par vous-mêmes. Mais sitôt que, pour un peu, perce dans la fondation ou l'association, la base de *P. M.* à venir, l'intention de satisfaire quelque intérêt privé, le *criterium* est inapplicable. A ne tenir compte que du but d'intérêt privé, les organisateurs vont se figurer qu'il dépend d'eux, en obéissant aux règles générales sur les sociétés commerciales ou aux règles spéciales propres à l'espèce de société qu'ils forment, d'assurer la personnalité civile à leur entreprise, *P. M. privée*. Considérez-  
on, au contraire le but d'intérêt général, on dira, comme tout à l'heure, *P. M. publique* ; il faut solliciter une déclaration d'utilité publique pour qu'elle naisse.

Ou bien au lieu de supposer que la difficulté se pose *a priori*, comme nous venons de le faire, nous pouvons imaginer qu'elle se pose *a posteriori* : telle société s'est formée légalement, — soit avec autorisation, c'est une association syndicale agricole pour la construction d'une digue, une compagnie d'assurance sur la vie, — soit avec approbation, c'est une société de secours mutuels, — soit en vertu d'une reconnaissance, c'est une congrégation religieuse, une association d'auteurs dramatiques, d'industriels pour la protection de leurs œuvres, de leurs produits, — soit librement, c'est une société commerciale par actions, c'est une société coopérative de production, c'est un syndicat professionnel.

Dans tous ces exemples l'intérêt privé est mêlé à l'intérêt général, dans tous ces exemples il y a une personnalité civile, quelle est sa nature? Avec le seul *criterium* indiqué, nous ne l'apercevons pas.

35. Il nous semble, au contraire, qu'on peut arriver à une solution, en restant dans la même voie, mais en poussant plus loin l'analyse des mobiles qui déterminent la création de la personne morale, l'examen du but poursuivi.

Nous verrons alors que ce but peut comporter la satisfaction personnelle de l'intérêt des adhérents à l'entreprise sans que, pour cela, la P. M., issue de leur concours, soit une P. M. *privée*; et, en sens inverse, que la fin cherchée peut présenter une utilité publique incontestable sans que, par là, la société qui se propose de l'atteindre soit une P. M. *publique*.

Le fait individuel ou collectif, fondation ou association, qui crée, en effet, la P. M. ou qui n'en est que le germe, qui en prépare l'avènement ultérieur par un acte de la Puissance publique, — ce fait appelle nécessairement une *contribution financière* aux besoins, aux charges, aux frais que le fonctionnement de l'entreprise, de l'œuvre va révéler. Cette contribution, ce versement unique ou périodique, appelez le donateur, dot du religieux, apport de l'associé, cotisation du sociétaire, il importe peu; mais, quel que soit son nom, de deux choses l'une: ou bien ce versement est fait dans le but d'en tirer un profit pécuniaire, de le voir fructifier, s'accroître, dans le but de spéculer sur lui, c'est au moins un placement, — ou bien il s'est produit, sinon toujours *animo donandi*, par pur esprit de sacrifice, du moins abstraction faite de toute perspective de gain, de tout espoir d'un revenu à en retirer ou d'une plus-value à réaliser un jour sur lui; ce n'est pas même un placement.

Au premier cas il y a ou il y aura P. M. *privée*, au second il y a ou il y aura P. M. *publique*.

36. Insistons sur une distinction qui, pour être subtile, comme toutes les recherches d'intention, ne nous semble pas moins correspondre à la réalité. Prenons pour termes de comparaison une société de secours mutuels et une société commerciale. N'est-il pas évident que le but poursuivi par le sociétaire, s'il est

incontestablement intéressé, ne l'est pas, au même degré, que celui auquel tend l'associé, l'actionnaire?

Aussi les résultats du versement des cotisations de l'un, ou des apports de l'autre seront fort différents. — Sans doute, le premier acquiert un droit à des secours, comme le second un droit à des bénéfices... éventuels; et, de ce chef, chacun se propose bien un but d'intérêt privé. Mais le droit du premier est essentiellement attaché à sa personne, il n'en transmettra rien; le droit de l'associé, lui, peut n'être pas cessible, sa qualité d'associé peut être intransmissible, même alors l'émolument attaché à cette qualité, sa valeur pécuniaire se transmettra.

Un mutualiste meurt; son héritier n'a aucun droit aux secours d'abord, et, en outre, il ne trouve dans la succession du défunt aucune valeur correspondant aux versements successifs effectués par son auteur dans la caisse sociale. Au regard de l'héritier, ces versements ont été définitivement aliénés au profit de la société de secours. Certes ce n'est point là une spoliation<sup>1</sup>; rien de plus conforme au but de la société de secours et à la volonté du mutualiste. La personne morale, quand la société en sera une, acquerra les cotisations de ses membres irrévocablement à l'égard de leurs héritiers.

Supposons, au contraire, un associé dans une société, même formée *intuitu personarum*: s'il meurt, son héritier, sans doute, ne prendra pas sa place dans la société; mais il aura néanmoins des droits pécuniaires à faire valoir du chef de son auteur dans la société. A ce point de vue l'acquisition des apports par la personne morale — si la société en est une — n'apparaît plus comme définitive, irrévocable. L'associé en versant ses apports n'entend pas se dépouiller au même titre ni dans la même mesure que notre mutualiste, tout à l'heure, en versant ses cotisations; le but qu'ils poursuivaient n'était pas le même<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En écrivant ces mots nous nous rappelons un passage déjà cité (n° 15) d'un discours de M. Marcel Barthe (*Sénat*, 2 février 1884, *Déb. parl.*, p. 249, col. 1): « Ou avez-vous vu qu'il soit possible à des associés de s'approcher... le bien d'autrui ? »

<sup>2</sup> Cette diversité de résultats peut s'expliquer encore en remarquant que la mort d'un associé dissout la *société de personnes*, tandis que la mort du

37. Envisageons encore l'hypothèse d'une dissolution et les dissemblances persisteront : quant une société se dissout<sup>1</sup>, chaque associé a droit au partage de *tout le fonds social*; car du jour de la dissolution tout au moins, si la société était personne morale, les associés sont co-propriétaires. Peut-être, ainsi, ne recevront-ils pas intégralement leurs apports, si la société a fait de mauvaises affaires, mais, peut-être aussi, obtiendront-ils beaucoup plus. Ce droit au partage des associés est une suite de la même idée toujours, du but qu'ils ont poursuivi en commun : but de spéculation, chacun veut faire courir à ses apports les chances de plus-value que comporte l'entreprise.

Rien de pareil pour des mutualistes au cas de liquidation d'une société de secours mutuels. Nous nous en tiendrons aux dispositions légales actuellement en vigueur : Loi 15 juillet 1850 art. 10. — Décret 26 mars 1852, art. 15. Les deux textes décident que, en cas de dissolution<sup>2</sup> « il sera restitué aux sociétaires, faisant à ce moment partie de la société, le montant de leurs versements « respectifs... déduction faite des dépenses occasionnées par chacun d'eux. » Ainsi le *maximum* des remboursements que les secrétaires peuvent réclamer, c'est le total de leurs cotisations<sup>3</sup>.

mutualiste laisse subsister la société de secours mutuels. Cette explication, ou d'autres, n'affaibliraient point notre démonstration; toutes celles qu'on pourra imaginer, croyons-nous, conduiront également à cette conclusion (Cf. n° 42), c'est que la P. M. *privée* n'a pas une vie propre, aussi indépendante des individus que la P. M. *publique*.

<sup>1</sup> Cette dissolution est une affaire purement privée; l'autorité administrative n'y intervient pas.

<sup>2</sup> Qui ne peut être prononcée qu'avec l'intervention de l'administration.

<sup>3</sup> En bonne logique, suivant nous, le remboursement aux sociétaires actuels de leurs mises, même avec la déduction de ce qu'ils ont coûté à la société, ne se justifie pas; le but qu'ils poursuivaient comportait un dépouillement complet et irrévocable de leurs cotisations, au profit de l'œuvre commune. Concevrait-on des assurés qui, au cas de résiliation du contrat d'assurance, réclameraient à l'assureur le total de leurs primes? Tel était déjà le raisonnement de M. Marcel Barthe pour expliquer un résultat analogue à l'égard des adhérents à une caisse de résistance (n° 15). — Nous trouvons, après coup, dans le rapport de M. Léon Say, au Sénat, sur le projet de loi des sociétés de secours mutuels (*J. off. Doc. parl.*, 1885, p. 88, col. 2), une justification partielle de cette observation : « Il y a dans notre « législation actuelle un système *bien contraire à la conception scien-*

Quant à l'existence de l'actif social, ils ne peuvent y prétendre aucun droit. Cet excédent leur échappe, d'où qu'il vienne, des cotisations d'anciens mutualistes ou de membres honoraires, de dons ou de legs, de subventions, de bénéfices réalisés par l'administration sociale.

Solution irréprochable, pensons-nous, car elle est seule conforme au but de la société, à la volonté de ses adhérents. Mutualistes, ils n'ont jamais poursuivi, ils n'ont jamais dû poursuivre, en échange de leurs cotisations, autre chose que des secours

« *tifque des sociétés de secours mutuels.* On fait, en cas de liquidation, « un compte individuel des cotisations payées et des secours reçus, et on « rend la différence à ceux qui ont payé une somme de cotisations plus « forte que le total des secours qui leur ont été attribués. — C'est une « liquidation contraire au principe même de la mutualité et de l'assurance. « Une prime payée est acquise à l'assureur par la raison que le risque « n'aurait pas produit d'effet. — Pendant le temps qu'on a payé ses coti- « sations on a fait peser une chance sur la société, et ce seul fait suffit « pour que les cotisations *soient entrées définitivement dans le fonds* « *social...* A-t-on jamais imaginé, en cas de liquidation d'une compagnie « d'assurances contre l'incendie, de rendre à un assuré les primes qu'il a « payées, parce que sa maison n'a pas brûlé pendant la durée de la com- « pagnie d'assurances qu'on est en train de liquider? — Si le principe « qu'on applique aujourd'hui à la liquidation des sociétés de secours mu- « tuels était fondé en justice et en équité, ne serait-on pas en droit de « mesurer les secours aux cotisations, et de les supprimer quand le mon- « tant des secours dépasserait celui des cotisations antérieures? — Autant « vaudrait alors transformer les sociétés de secours mutuels en caisses « d'épargne, d'où les déposants retireraient pendant les mauvais jours ce « qu'ils auraient déposé dans les jours de prospérité. Ce serait encore de « la prévoyance, ce ne serait plus de la mutualité. — Votre commission a « pensé que les membres décédés ont épuisé leurs droits, parce qu'ils sont « censés n'avoir pas payé autre chose que l'équivalent des risques qu'ils « ont fait courir à la société. » Mais le rapporteur ajoute : « La conséquence « c'est que les membres survivants sont propriétaires de l'actif social », ici nous cessons d'être d'accord avec lui : si le raisonnement qu'il vient de faire est exact, il s'applique aux survivants, comme aux décédés, si ceux-ci avaient *définitivement* aliéné leurs cotisations, ceux-là en ont fait autant. C'est le *fonds social*, c'est la personne morale, si la société en est une, qui est propriétaire de toutes les recettes effectuées, d'où qu'elles viennent, cotisations de participants ou de membres honoraires, dons et legs, subventions; mais cela ne signifie point que les associés survivants sont copropriétaires, comme nous espérons le prouver par la suite.

éventuels ; ils n'ont pas dû espérer des bénéfices, attendre une plus-value sur leurs mises, compter sur un gain.

Solution nécessaire, ajouterons-nous ; les Travaux préparatoires de la loi de 1850 le démontrent, comme l'a démontré plus nettement encore, s'il est possible, la discussion récente au Sénat à propos de la réforme de notre législation en cette matière.

38. Que disait-on, en 1849, pour expliquer l'art. 10 précité, dont l'apparition dans notre droit pouvait surprendre ? « Un danger, écrivait dans son rapport M. Benoît d'Azy <sup>1</sup>, menace les sociétés de secours mutuels : lorsqu'un capital se trouve accumulé, quelque-uns des membres sont tentés d'en jouir immédiatement plutôt que de le réserver pour un avenir éloigné ; on s'arrange pour se faire une majorité par l'adjonction de nouveaux membres, et, alors, sans égard pour les droits acquis, et, cette majorité opprimant la minorité, on décide la dissolution et le partage *très profitable à ceux qui reçoivent plus qu'ils n'ont apporté.* » Et, plus loin, expliquant le détail des règles admises pour la dissolution <sup>2</sup> : « Il ne faut pas que de misérables spéculations puissent venir s'exercer au détriment des pauvres. Pour éviter toute chance de spéculation semblable, nous avons admis... que, dans le cas de dissolution, chacun des membres alors existants retirerait ce qu'il aurait apporté, déduction faite de ce qu'il aurait lui-même coûté, et que le surplus serait réparti entre les établissements du même genre.... Cette dissolution, en tous cas, ne peut être opérée qu'avec l'intervention de l'autorité administrative. »

Ce régime était simple : voulant mettre la société de secours mutuels à l'abri du péril des dissolutions intéressées, on limitait le maximum des reprises au chiffre des apports, et on répartissait le surplus de l'actif social entre les sociétés similaires de la commune ou du département.

39. Qu'a fait, en 1886, le Sénat ? Il a adopté un système nouveau de liquidation, ou plutôt deux systèmes nouveaux ; car, tandis que, d'après la législation en vigueur, toutes les sociétés de secours mutuels, *autorisées. approuvées* ou *reconnues*, sont

<sup>1</sup> *Moniteur*, 23 octobre 1849, p. 3294, col. 2.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 3295, col. 3.

soumises aux mêmes règles, en cas de dissolution, le Sénat admet deux procédés différents, l'un applicable aux sociétés *libres*, l'autre aux sociétés *homologuées* <sup>1</sup>. Il serait sans intérêt d'entrer

<sup>1</sup> *J. off. Déb. parl. Sénat*, 1886. Cf. les trois alinéas de l'art. 6 votés le 15 juin, [p. 828, col. 1] et l'art. 24 voté le 19 juin, [p. 859, col. 2,] avec l'explication du rapporteur, [p. 860, col. 1:]

Art. 6. — « La liquidation sera homologuée par le tribunal; elle s'opérera sur les bases suivantes :

« 1° L'actif sera réparti entre les membres participants au prorata de leurs versements respectifs; (*droit commun des sociétés*).

« 2° La somme à toucher par chaque membre participant ne pourra excéder le montant de ses versements sans intérêt; (*restriction au droit commun, analogue à la loi 1850*).

« 3° Le surplus sera affecté, dans les conditions prévues par les statuts, à la création de pensions viagères au profit des anciens sociétaires. » (*Innovation complète par rapport à la loi de 1850 qui attribuait ce surplus à d'autres sociétés de secours mutuels*).

Art. 24. — (*Pour les sociétés homologuées*) « Lorsque la dissolution de la société est votée par l'assemblée générale, conformément aux statuts, ordonnée par le tribunal ou prononcée par décret, la liquidation est poursuivie sous la surveillance du préfet ou de son délégué. — Il est prélevé sur l'actif social, y compris le fonds de retraite déposé à la Caisse des dépôts et consignations :

« 1° Le montant des engagements contractés vis-à-vis des tiers;

« 2° Les sommes nécessaires pour remplir les engagements contractés vis-à-vis des sociétaires, notamment en ce qui concerne les pensions viagères et les indemnités annuelles prévues à l'art. 19;

« 3° a. — Une somme égale au montant des subventions et secours accordés depuis l'origine de la société par l'État, sur les fonds de la dotation ou autres, pour être ladite somme versée au compte de la dotation des sociétés de secours mutuels;

« b. — Des sommes égales au montant des subventions et secours accordés depuis l'origine de la société, par les départements et les communes pour être lesdites sommes réintégrées dans leurs caisses;

« c. — Des sommes égales au montant des dons et legs pour être employés conformément aux volontés des donateurs et testateurs s'ils ont prévu le cas de liquidation, ou si leur volonté n'a pas été exprimée, pour être ajoutées au compte de dotation des sociétés de secours mutuels. (*Voilà qui ressemble fort à l'attribution du surplus faite par la loi 1850*).

« Si, après le paiement des engagements contractés vis-à-vis des tiers et des sociétaires, il ne reste pas des fonds suffisants pour le plein des prélèvements prévus au présent article, ces prélèvements auront lieu au marc



dans le détail d'une réglementation qui ne sera peut-être jamais légale ; mais la discussion est fort instructive. Dans son rapport, à la tribune, M. Léon Say a critiqué la législation en vigueur, il l'a traité d'*abusive*, et il a déclaré que la commission se plaçait à un point de vue nouveau <sup>1</sup> ; elle considérait « la fortune des sociétés de secours mutuels *comme un actif social appartenant aux membres* de la société et voulait que la liquidation soit « conduite dans le même esprit *qu'une liquidation commerciale* <sup>2</sup>. » — « Nous avons voulu rapprocher autant que possible la société de secours mutuels d'une société d'assurances, c'est-à-dire d'une société commerciale. Nous nous sommes alors demandé comment nous pourrions faire pour organiser une liquidation *qui se rapprochât autant que possible d'une liquidation commerciale...* » <sup>3</sup>.

Voilà donc la théorie très-nettement indiquée ; assimilation des sociétés de secours mutuels aux sociétés commerciales, quant aux règles de leur dissolution et de leur liquidation notamment ; en fait, à quoi a-t-on abouti ? A des règles fort différentes, qui soulèvent l'indignation de M. de Gavardie s'écriant qu'on viole « les principes formels de la propriété, les principes ordinaires en matière de société » <sup>4</sup> et le démontrant irréfutablement <sup>5</sup>, selon le franc des versements faits respectivement par l'État, les départements, les communes, les particuliers.

« Le surplus de l'actif social sera, s'il y a lieu, réparti entre les membres participants appartenant à la société au jour de la dissolution, au prorata des versements opérés par chacun d'eux, depuis leur entrée dans la société. »

(Retour au droit commun des sociétés).

<sup>1</sup> J. off. Déb. parl. Sénat, 1886, p. 809, *in fine*.

<sup>2</sup> J. off. Doc. parl. Sénat, 1885, p. 88, col. 1.

<sup>3</sup> J. off. Déb. parl. Sénat, 1886, p. 809, *in fine*.

<sup>4</sup> J. off. Déb. parl. Sénat, 1886, p. 828, col. 1.

<sup>5</sup> J. off. Déb. parl. Sénat, 1886, p. 827, col. 1 *in fine*. : « Je pose deux hypothèses. 1° Les statuts ont prévu la liquidation... De quel droit, vous, législateurs, violant le principe de la liberté des contrats, venez-vous substituer votre liquidation à celle qui a été prévue par les statuts ?... 2° Les statuts n'ont pas prévu la liquidation... Je dis que vous violez le principe de la propriété, et cela est bien simple. La société est une personne civile ; la propriété des cotisations reposait sur la tête de cette personne civile. Voilà une propriété à laquelle vous n'avez pas le droit de toucher. Or vous y touchez. Lorsqu'une société est dissoute, la personnalité civile

nous; si bien que l'adversaire de la commission rallié à sa thèse un éminent jurisconsulte; mais ce n'est que pour un instant, car le rapporteur va, par une simple observation, justifier le procédé de liquidation, contraire au droit commun, *qu'il a fallu* accepter. « Nous avons été vivement frappés par les arguments de l'administration quand elle nous a dit : prenez garde. Il est possible qu'il y ait des sociétés qui, lorsqu'elles auront obtenu des membres honoraires certaines cotisations, s'empresseront de se distribuer l'argent et iront recommencer ailleurs peu de temps après un semblable trafic... *Nous n'avons pas voulu que de semblables spéculations puissent avoir lieu, c'est pourquoi nous avons déterminé, par notre loi, une liquidation spéciale....* »<sup>1</sup>.

40. N'est-ce pas là comme l'écho du rapport de M. Benoit d'Azy et que prétendons-nous conclure de cette longue digression à travers les documents parlementaires? C'est qu'il y a une nécessité qui s'impose dans les faits, de régler une société de secours mutuels autrement qu'une société commerciale. N'est-ce pas la condamnation la plus manifeste de la prétendue assimilation qu'on veut découvrir entre elles? Le péril des dissolutions intempestives, prématurées, intéressées existe, sans doute, pour les sociétés commer-

« disparaît. Mais les membres qui composent en quelque sorte cette personne civile redeviennent copropriétaires de toutes les cotisations, dans l'espèce. Eh bien, de quel droit touchez-vous à cette copropriété? Comment cette copropriété doit-elle se répartir, sur la tête des membres de la société survivants? Suivant les principes ordinaires des sociétés, au prorata des cotisations de chacun. Qu'est-ce que vous faites? Vous faites une attribution arbitraire, absolument illégale. C'est là dessus que j'appelle l'attention de la commission. »

<sup>1</sup> *J. off. Déb. parl. Sénat*, 1886, p. 827, col. 1-2. Le jurisconsulte éminent donc nous parlons n'était autre que M. Batbie qui s'exprimait ainsi : « Je retire mon adhésion à la proposition de M. de Gavardie. M. le rapporteur a donné une raison *décisive*. Il pourrait se faire que les statuts fussent rédigés par des habiles en vue de partager l'actif social. Pour s'assurer un bénéfice et en jouir immédiatement, ils pousseraient à la dissolution de la société, ce qui serait contraire au développement de la mutualité. Je m'étais trompé, je retire mon adhésion. » L'application du droit commun des sociétés contraire aux nécessités pratiques du développement des sociétés de secours mutuels, voilà la conclusion de ce débat.

ciales et cependant la loi ne s'est jamais préoccupé de régler leur liquidation. La loi ne se défie pas au même degré des spéculations qui peuvent s'opérer sous le couvert de dissolutions et de liquidations de sociétés commerciales. Pourquoi donc, si non parce que les associés ne peuvent se plaindre qu'une opération commerciale se dénoue par une spéculation? N'est-ce pas le jeu normal des sociétés commerciales? Elles ont pour but le gain, ceux qui y entrent le savent et ne sauraient être surpris quand la société trouve, dans une dissolution et une liquidation prévues par les statuts sociaux une occasion favorable de réaliser sa fin même, l'enrichissement des associés. Rien de pareil dans la société de secours mutuels, dont le but n'est pas la spéculation, dont les spéculations, dès lors, doivent être bannies.

41. Aussi cette réglementation spéciale et nécessaire doit-elle s'appliquer à toutes les sociétés de secours mutuels; *autorisées, approuvées* ou *reconnues*, disons-nous aujourd'hui, *libres* ou *homologuées*, dirions-nous, avec le projet nouveau, — qu'elles constituent ou non des personnes morales.

On ne manquera pas d'objecter le principe de la liberté des conventions, des statuts, et sur ce point il est indispensable de s'expliquer nettement. Sans doute les conventions sont libres, dans une société *libre*. Mais si les statuts, prévoyant l'éventualité d'une dissolution, admettent les règles de liquidation d'une société commerciale; s'ils attribuent aux mutualistes, vivant à cette époque, *l'actif social tout entier*, — nous ne dirons pas que la clause sera nulle, — nous dirons que la société formée ne sera pas une société de secours mutuels. Ce sera une association de la nature des tontines, soumise aux règles de ces associations. — Sans doute les rédacteurs des statuts peuvent faire pénétrer l'esprit de spéculation dans leur entreprise; mais quand ils manifestent ainsi, par des clauses relatives à la dissolution et à la liquidation de leur association, leur intention de spéculer, ils *défigurent* ou *transfigurent* l'opération juridique; ils l'appellent en vain société de secours mutuels; c'est une étiquette dont il n'y a pas à tenir compte: le caractère juridique d'un contrat ne dépend pas du nom sous lequel on le présente, mais de ce que les parties ont voulu, du but qu'elles ont poursuivi. Et nous dirons, de même,

à notre point de vue spécial, en dépend aussi la nature de la personne morale qui va se créer peut-être en même temps, ou qui naîtra plus tard seulement par l'intervention des Pouvoirs publics <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Notre manière de considérer la société de secours mutuels et ses caractères propres pourra paraître inexacte ou incomplète. Il y a, en effet, une tendance marquée à élargir le cercle des opérations qu'elle peut se proposer, et la législation qui s'élabore en fera peut-être une institution très différente de celle que nous avons tenté d'analyser. On a longuement discuté au Sénat sur la définition des sociétés de secours mutuels, définition essentielle, dans une législation qui n'admet pas la liberté d'association, de droit commun, et qui veut affranchir les sociétés de secours : il est à prévoir, en effet, que toute les sociétés vont essayer d'atteindre la liberté en se prétendant sociétés de secours (Cf. n° 2), MM. Léon Say et Lacombe (*Déb. parl. Sénat*, 1886, p. 788, col. 2, p. 790, col. 2, Cf. p. 801, col. 1, p. 803, col. 1), ont bien montré que le texte adopté pour le Sénat, agrandissait singulièrement la notion de la société de secours, la confondait avec celle de l'association tontinière, ou de la société d'assurance en cas de vie, pour autant qu'il déclare que *le but des sociétés de secours* « est de constituer des pensions viagères de retraite » à leurs membres. Le but des mutualistes, alors, ne sera plus celui que nous avons supposé : l'idée de lucre, de bénéfice à réaliser, de placement tout au moins, apparaîtra chez les associés, et la nature de la personnalité civile de leur société pourra changer. Ajoutons que nous ne comprendrions pas qu'une société de *prévoyance mutuelle*, ainsi comprise, fût libre de se constituer, tant que l'art. 66 de la loi du 27 juillet 1867 est considéré comme nécessaire.

Il nous semble enfin indispensable de nous expliquer sur un point qui achèvera peut-être de préciser la raison de la distinction entre les P. M. *publiques* et *privées*. — M. Léon Say (Cf. *loc. cit.*, et Rapport), nous l'avons vu, est revenu, à plusieurs reprises, sur l'idée que les sociétés de *secours proprement dites*, n'étaient que des *sociétés d'assurances mutuelles contre la maladie*. Il y a, en effet, contre les deux institutions une analogie que nous n'avons pas méconnue (Cf. n° 13, note 2), mais qu'il ne faudrait pas pousser jusqu'à l'assimilation. Suivant nous, la société d'assurances mutuelles est une P. M. *privée*, la société de secours *proprement dite*, lorsqu'elle est personnalisée, et une P. M. *publique*. Pourquoi cette différence entre deux manifestations de l'esprit de prévoyance, très voisines par leurs résultats ? Le *but* n'est-il pas le même, dans les deux hypothèses, également intéressé chez les contractants, d'une utilité générale identique ? Néanmoins le *criterium* indiqué permet de marquer la nuance qui les sépare : sans doute, l'assuré, dans une société d'assurances mutuelles, paie une *prime*, moyennant laquelle il est à l'abri des risques prévus, comme le sociétaire, dans une société de secours paie une *cotisa-*

42. Sous une autre forme, nous pouvons résumer la théorie qui se dégage des développements précédents, dans la distinction suivante : il y a des P. M. dont la personnalité ne fait que voiler

*tion*, qui lui procure le même avantage ; mais les deux opérations ne sont point pour cela identiques et, dirons nous, *inspirées par le même esprit* : on peut le constater en s'en tenant à la différence visible entre les *primes* et les *cotisations*, celles-ci égales entre elles, celles-là variables. — Nous savons bien que l'égalité des cotisations, dans les sociétés de secours, est très vivement critiquée (M. de Courcy, *Essai sur les lois du hasard*, p. 79 note 1, Paris, Guillaumin 1862. — *L'institution des caisses de prévoyance*, p. 85), et depuis fort longtemps (Th. Fix, *Journal des Économistes*, 5<sup>e</sup> année, 1845-46, t. XIII, p. 40, note 1) ; on la dénonce comme anti-scientifique. Oui, en tant qu'on est partisan de la substitution de l'assurance à la mutualité ; non, si on veut bien reconnaître que la mutualité est autre chose que l'assurance, si on remarque qu'elle implique essentiellement des idées de désintéressement, de sacrifice que l'assurance ne comporte pas, auxquelles elle répugne même. Et c'est là ce qui explique que la société de secours mutuels, à l'état pur, soit P. M. *publique*, tandis que la société d'assurances est P. M. *privée*. Suivant notre *criterium*, nous découvrons l'idée de spéculation, le but de placement aléatoire dans la préoccupation de l'assuré de ne déboursier qu'exactement le prix du risque qu'il court ; nous ne la découvrons pas, au contraire, chez le mutualiste *vrai*, qui aliène sa cotisation au profit du fonds commun, sans vérifier la proportionnalité stricte de son sacrifice à celui de ses co-mutualistes : l'un veut la contre-valeur mathématique de ce qu'il débourse, l'équilibre parfait entre le risque couvert et la prime payée, — l'autre, songe bien à ces mêmes risques, mais leur appréciation exacte n'est point la cause de son engagement. Cette absence d'*esprit de calcul* chez les mutualistes, donne à la société de secours mutuels sa physionomie juridique ; elle choque les mathématiciens de l'assurance, et cependant elle répond à un sentiment élevé, à un noble mobile, fort au dessus des critiques qu'on lui adresse, qui a été souvent signalé comme le caractère distinctif de nos sociétés de secours en France (Voy. Vermont, *Les sociétés de secours mutuels*, p. 48, Paris, Guillaumin, 1882), et auquel une législation bien faite doit réserver le domaine d'un contrat déterminé, ayant ses règles propres, autres que celles de la société commerciale. — Toutes ces distinctions sont bien subtiles, nous l'avons dit par avance (n<sup>o</sup> 36). Il est une espèce d'association, souvent personnalisée, et P. M. *publique*, de l'avis de tous, qui nous aurait, certainement, fourni un terme de comparaison plus facile avec les sociétés P. M. *privées* : c'est la *congrégation religieuse* ; nous n'avons pas voulu en user, quoiqu'il nous fût aisé d'en parler avec une entière liberté d'esprit, pour ne pas apporter, dans une discussion purement juridique, l'apparence même de préoccupations d'un autre ordre.

les droits des associés, elle ne les absorbe pas : venant la dissolution, la personne morale disparaît, l'être vraiment fictif s'évanouit, le voile s'efface, par contre la réalité s'affirme ; les droits individuels réapparaissent, ils s'exercent en leur plénitude sur le fonds social. Ce fonds, on l'a, pendant la durée de l'entreprise seulement, considéré comme reposant sur la tête de la personne morale ; c'était un moyen de rendre la vie juridique de la société plus simple, plus facile, et aussi d'accroître son crédit <sup>1</sup>. — Ce sont là les P. M. que l'on est convenu d'appeler *privées*.

Il y en a d'autres <sup>2</sup>, où la fiction est autrement puissante ; nous voulons dire qu'elle est poussée si loin qu'il y a presque une personne *réelle* dans l'être fictif : son existence absorbe les droits des individus associés ; elle fait plus que les voiler, elles les anéantit. La dissolution peut survenir encore, elle supprimera bien la personnalité civile, mais elle ne réveillera pas les droits individuels, morts sans espoir de résurrection. Le fonds social ne deviendra pas la co-propriété des associés ; pas plus après qu'avant la dissolution ils n'y ont droit. La personnalité civile n'était plus ici un déguisement, le masque des droits individuels qui se montrent quand le masque tombe ; le but poursuivi demandait qu'elle fût plus, et elle était plus que cela : le patrimoine accumulé reposait *réellement* sur la tête de l'être fictif. Quand il n'y a plus d'être fictif, le patrimoine est *sans maître*. — Tels sont les traits distinctifs des P. M. dites *publiques*. La langue de notre ancien droit les avait marqués par une appellation caractéristique, celle de gens de mainmorte.

43. D'où devait venir, d'où est venue l'idée de distinguer les P. M. *publiques* des P. M. *privées* par la nature du patrimoine qu'elles peuvent posséder : « la notion de l'établissement d'utilité « publique implique la formation d'un patrimoine de *mainmorte* ; « les biens de mainmorte sont, au contraire, étrangers à la « société <sup>3</sup>. »

<sup>1</sup> En empêchant le concours des créanciers personnels des associés avec les créanciers sociaux. On pourrait concevoir des fictions autres que la personnalité civile qui permettraient d'atteindre ces résultats pratiques.

<sup>2</sup> Les seules qui, à proprement parler, méritent leur nom de personnes. Cf. n° 27 note.

<sup>3</sup> M. Arthur Bouvier (*Thèse précitée*, p. 190). Le caractère de P. M.

Cette formule conduira le plus souvent à des solutions justes, car le caractère de patrimoine de mainmorte, donné au fonds social, c'est-à-dire l'effacement définitif, complet des droits des associés sur ce fonds, obtenu par les statuts, révélera clairement le but poursuivi : par exemple, les organisateurs d'une prétendue société de commerce conviennent que le fonds social ne se partagera pas entre les associés ; ils imaginent quelques combinaisons plus ou moins ingénieuses qui permettent aux associés de se succéder *in infinitum*, sans jamais pouvoir prétendre à la liquidation <sup>1</sup>... ils anéantissent les droits individuels au profit de l'être fictif. Preuve évidente du but voulu par les fondateurs et les adhérents à l'œuvre : ce but, avec des clauses pareilles, c'est peut-être leur intérêt, mais ce n'est pas à coup sûr leur enrichissement. C'est une P. M. *publique* qui *couve* sous cette apparente société privée. La volonté de créer un patrimoine de mainmorte est ici évidente dès avant que ce patrimoine soit formé, et c'est cette volonté qui marque la nature de la P. M. née ou à naître. La création du patrimoine de mainmorte, c'est le but, c'est l'effet ; avant qu'il soit produit, avant qu'il soit atteint, la P. M. doit être caractérisée. Le défaut du *criterium* proposé, si judicieux et si pratique qu'il soit, nous paraît donc être qu'il prend l'effet pour la cause <sup>2</sup>.

*privées* des associations syndicales de la loi 1865, ressortira très nettement par l'application de ce *criterium* (p. 192).

<sup>1</sup> Cf. Vauthier, *op. cit.*, p. 358. — Dain, *De la condition des associations non reconnues*, p. 66 et suiv. Thèse, Paris, Pichon, 1879.

<sup>2</sup> Il ne faudrait pas objecter à la distinction proposée qu'il y a des sociétés qui *détiennent des biens de mainmorte*, et qui sont néanmoins des P. M. *privées*, sans contestation possible ; nous faisons allusion aux compagnies concessionnaires de chemins de fer, canaux, etc... Il y a là des biens qui sont hors du commerce, mais qui ne sont pas compris dans le patrimoine de la P. M., qui ne lui appartiennent pas ; c'est pourquoi, pratiquement, les compagnies concessionnaires, même à perpétuité, ne doivent pas la taxe des biens de mainmorte. Le *criterium* signalé n'est donc point en défaut, ici. Mais, voici une hypothèse, — semblera-t-elle invraisemblable ? — qui fera comprendre, pensons-nous, pourquoi nous préférons nous en tenir à un élément intentionnel, le but des fondateurs, plutôt qu'à une constatation matérielle, la nature du patrimoine de la P. M., pour fixer son caractère.

Les périls de la mainmorte troublent les esprits en France, et un peu

44. Si, en un sujet si abstrait, nous sommes parvenu à montrer clairement les raisons naturelles qui séparent et distinguent les deux catégories de P. M., on aura compris pourquoi sont si différents les droits des individus qui les soutiennent par leur association, lorsqu'il y a dissolution et, ajoutons-le, démission ou exclusion <sup>1</sup>. On expliquera aussi que les règles concernant leur

partout (Voy. la discussion de la Commission belge du Travail, sur la question des corporations. Observations de MM. Prins, Lammens et de Ridder); on s'en émeut périodiquement; l'ancien droit, comme les temps modernes, a connu ces craintes, ce qui induit à penser qu'elles ne sont pas chimériques, et à chercher des remèdes; le plus en faveur, jusqu'à ce jour, a été la prohibition des associations, la parcimonie dans les concessions de personnalité civile, la surveillance étroite des dons et legs, des renforcements énergiques d'impôts. N'imaginera-t-on pas autre chose, sinon mieux? Par exemple, au lieu du régime franchement prohibitif auquel sont soumises les congrégations religieuses, on leur accorderait la liberté d'association, on leur imposerait la personnalité civile (comme la loi 1884 l'impose aux syndicats), on ne frapperait plus leur patrimoine de taxes spéciales, ... mais on prétendrait supprimer son caractère de patrimoine de mainmorte, en maintenant les droits individuels, en prescrivant leur exercice normal sur ce patrimoine, considéré comme une copropriété: au décès de chaque membre de la congrégation, les biens seraient partagés entre les survivants et les héritiers du défunt; ou bien on organiserait un système de liquidation commerciale (Cf. n° 39, le régime nouveau proposé pour les sociétés de secours mutuels)... Avec le *criterium* proposé, ne dirait-on pas: plus de patrimoine de mainmorte, donc plus de P. M. *publique*? En fait, quelle erreur! En réalité, l'œuvre, dont la P. M. *publique* n'est que la manifestation juridique, vivrait, toujours la même, quoique entravée dans son développement, méconnue dans sa nature; les volontés individuelles tendraient toujours vers le même but, que la loi essaierait de leur interdire ainsi, comme elle s'efforce de le faire, aujourd'hui, par la prohibition des associations et le refus de les reconnaître. Légalement, il ne pourrait pas y avoir de *patrimoine de mainmorte*; réellement, la P. M., *par son but*, serait P. M. *publique*. L'impuissance des freins légaux contre les entreprises de la foi ou de la charité apparaîtrait aussi clairement qu'elle apparaît, aujourd'hui, dans l'indestructible vitalité des *associations de fait* sous lesquelles vivent des P. M. *publiques*, inexistantes en droit (Voy. Dain, *op. cit.*, p. 113).

<sup>1</sup> Le droit d'*exclusion* existe dans certaines sociétés commerciales, dans les sociétés à capital variable (art. 52, 2<sup>e</sup> al., loi 1867); mais nous pensons que les statuts d'une société de secours mutuels peuvent l'admettre avec une énergie qu'il ne saurait avoir dans les statuts d'une société coopéra-



capacité en matière de dons et legs ne puissent être identiques.

C'est là cependant une opinion fréquemment soutenue que l'art. 910, C. civ., est applicable à toutes les P. M. *privées* aussi bien que *publiques* : l'efficacité des libéralités qui leur sont adressées, aux unes ou aux autres, exigerait en tous cas une autorisation administrative. Cette théorie, qui a été reproduite à la tribune du Sénat <sup>1</sup>, pourra s'appuyer sur la législation nouvelle des sociétés de secours mutuels, transformées en sociétés commerciales, à en croire la plupart des orateurs, mais soumises néanmoins à l'art. 910, expressément. Parmi les auteurs que nous avons cités déjà, plusieurs se prononcent en ce sens absolu <sup>2</sup>, et presque tous <sup>3</sup> s'abritent derrière l'autorité de Demolombe.

On peut se reporter aux nos 592 *bis*, 593, 595 <sup>4</sup> du traité visé, on n'y trouvera aucune trace d'une affirmation si générale. Loin de là, le rappel des motifs traditionnels de l'art. 910 tend à prouver que l'éminent jurisconsulte eût formellement repoussé cette opinion, s'il eût pu prévoir qu'on la lui prêterait. — Ces motifs, depuis qu'ils ont été magistralement résumés par d'Aguesseau dans le préambule de l'édit de 1749, sont classiques. — Pourquoi subordonner l'efficacité des dons et legs adressés à certaines P. M. à une autorisation administrative ?

45. 1<sup>o</sup> « Dans l'intérêt public, par des motifs de police poli-  
« tique et sociale, en même temps que par des raisons finan-  
« cières et économiques, soit afin d'empêcher le développement  
« démesuré de certaines associations, soit afin de prévenir une

tive; dans celle-ci, par exemple, on décide que le droit d'exclusion est paralysé quand l'exclu ne peut plus être remboursé de sa mise (art. 51, 1<sup>er</sup> al.); l'exclusion, en effet, ne prive pas l'associé qui en est frappé du droit de reprendre ses apports. L'exclusion d'une société de secours mutuels au contraire ne permettra pas au sociétaire de réclamer ses cotisations. On admet que les statuts peuvent le décider ainsi; nous pensons, au contraire, que tel est le principe, la règle à suivre si les statuts n'y dérogent pas expressément.

<sup>1</sup> Par M. Lacombe, *J. off. Déb. parl. Sénat*, 1886, p. 822, col. 2.

<sup>2</sup> M. Boullay, *op. cit.*, p. 170.

<sup>3</sup> M. Gain, *op. cit.*, p. 34 (n<sup>o</sup> 56); — M. Mongin, *op. cit.*, p. 101 (n<sup>o</sup> 25); — M. Veyan, *op. cit.*, p. 185, n. 2; — M. Stemler Thèse cit., p. 259.

<sup>4</sup> T. XVIII, p. 594-597.

« trop grande concentration de biens entre les mains des *gens de mainmorte* <sup>1</sup>. » Voilà le mot prononcé ; nous revenons aux idées fondamentales développées : quand le but des associés ne sera pas de faire reposer sur l'être fictif impérissable le patrimoine social, quand ils entendront garder, malgré la personnalité de la société, tous leurs droits individuels dans ce patrimoine..., quand il y aura *P. M. privée*, ce danger politique, social, économique n'existera plus, cette première raison de l'art. 910 fera défaut. — A-t-on vu jamais le législateur se préoccuper d'empêcher le développement des compagnies de finance, de commerce, d'industrie ? — Nous n'ignorons pas les protestations véhémentes que soulève la concentration qui s'opère dans les affaires industrielles, commerciales, financières aux mains de puissantes sociétés <sup>2</sup> ; mais le péril, là, — à supposer que ce ne soit pas un progrès, — n'est pas celui de la *mainmorte* ; car, de *mainmorte*, il n'y en a pas ; les biens accumulés ainsi ne sortent pas du commerce, de la circulation, et, d'autre part, ces énormes groupements de capitaux se forment par des bénéfices qui ne sont point, que nous sachions, réalisés par l'abus des donations et des legs : ce qui nous amène au deuxième motif de l'art. 910.

46. 2° « Dans l'intérêt privé, afin de protéger les familles « contre les entraînements excessifs et les influences condamna- bles dont ces dispositions pourraient être le résultat <sup>3</sup>. » A-t-on jamais ouï dire que des associés, groupés en vue de faire valoir plus utilement leurs capitaux, de réaliser des bénéfices, de spéculer... aient fait entrer en ligne de compte dans le calcul des chances favorables de leur entreprise, les libéralités des particuliers ? — Nous avons été témoins « d'entraînements excessifs », à devenir actionnaires ; nous avons connu « des influences condamna- bles » s'exerçant au recrutement d'associés et au trafic de leurs droits ; mais des essais pour capter des libéralités ? Jamais ! — Solliciter des souscriptions, par l'appât de beaux dividendes, n'est pas s'adresser à la générosité des souscripteurs ; c'est à l'*animus lucrandi* qu'on fait appel chez eux ; l'*animus donandi*,

<sup>1</sup> Demolombe, *op. cit.*, n° 592 bis.

<sup>2</sup> Les « Vampires du commerce », *Le Temps*, 7 février 1888.

<sup>3</sup> Demolombe, *ibid.*

ils l'ont si peu, qu'ils se fâchent quand les dividendes sont fictifs, quand leur apport prend la couleur d'un dépouillement gratuit. La spoliation des familles, par la captation des héritages, n'est pas le fait des P. M. *privées* ; de ce chef encore l'application qu'on leur fait de l'art. 910 serait injustifiable.

47. 3<sup>o</sup> Sans doute, ce texte ne doit pas être entendu littéralement, en ce sens qu'il ne s'applique qu'aux seuls P. M. expressément visées ; hospices, pauvres, établissements d'utilité publique. Il s'appliquera, par *a fortiori*, à toutes celles sur qui l'Etat « exerce un pouvoir tutélaire ». Aux deux motifs précédents se joint ici celui de garantir la P. M. « des dangers de « l'imprudente acceptation... d'une libéralité peut-être soumise à « des charges <sup>1</sup>. » Evidemment cette dernière raison de l'art. 910 ne saurait faire rentrer dans ses termes les P. M. *privées* qui échappent, tout le monde en convient, à cette ingérence des pouvoirs publics, qu'on appelle *tutelle administrative*.

En résumé, la différence des buts poursuivis par la création d'une P. M. suivant qu'elle est *publique* ou *privée* justifie pleinement l'opinion qui restreint l'application de l'art. 910 aux premières seules. Concluons-nous que les P. M. *privées* sont capables, sans condition aucune, de recueillir des libéralités, qu'elles le sont comme des personnes naturelles, comme des individus ?

48. On l'a prétendu, nous l'avons écrit nous-même <sup>2</sup>, on le répète souvent <sup>3</sup>. Il nous semble que M. Labbé a clairement démontré l'inexactitude d'une solution semblable, précisément en tenant compte des différences fondamentales qui séparent les P. M. *privées* des P. M. *publiques* et sur lesquelles nous avons insisté. Se plaçant « au point de vue des libéralités que des tiers « adresseraient à une société civile ou commerciale », notre savant maître se demandait : « qui est-ce qui en aura l'émolument ? » et

<sup>1</sup> Demolombe, *ibid.*

<sup>2</sup> *Étude sur la capacité d'acquérir à titre gratuit des P. M.* p. 211-215. Paris, 1877, Thèse de doctorat.

<sup>3</sup> M. Boullaire (*op. cit.*, p. 100) se borne à affirmer que l'art. 910 ne s'applique pas aux P. M. *privées*. Telle a toujours été notre opinion ; mais en résulte-t-il que la P. M. *privée* est capable de recueillir le bénéfice d'une libéralité comme un individu capable ? L'auteur ne discute pas la question : elle est capitale (Cf. n<sup>o</sup> 51 *in f.*, note 1).

il répondait, avec des développements que nous ne voulons pas affaiblir en les résumant, ce sont les associés <sup>1</sup> : « leurs parts  
 « dans la société augmenteront de valeur. S'ils se retirent en  
 « vendant leurs actions, après la donation faite et réalisée, ils  
 « percevront un prix d'autant plus considérable. Donc, qui est  
 « gratifié, qui est donataire ? Ce sont vraiment les associés. Eh  
 « bien, dans l'acte de donation, pour l'application des règles sur  
 « le rapport et la réduction, la personne du donataire doit appa-  
 « raître sans voile. Aucune fiction ne doit s'interposer <sup>2</sup> entre le  
 « donateur et le donataire. La conclusion est celle-ci : la société  
 « est incapable, les associés sont seuls capables de recevoir des  
 « dons ou des legs.

« Si le donateur veut que les biens par lui donnés soient versés  
 « dans l'actif de la société et servent au développement des  
 « affaires sociales, il peut mettre cette condition, que les associés  
 « donataires en feront l'apport à leur société. Nous respecterons  
 « ainsi les règles du Code sur la formation des sociétés. Tous les  
 « biens d'une société lui proviennent d'apports ou de spéculations  
 « faites avec les apports de ses membres ; et les biens acquis par  
 « des spéculations heureuses sont destinés à entrer dans la for-  
 « tune des associés en proportion de leurs apports. Toutes les  
 « opérations de la société sont essentiellement à titre onéreux,  
 « intéressées de part et d'autre. On s'associe pour spéculer avec  
 « plus de force, et non pour capter des libéralités, sous un voile  
 « qui permettrait d'écarter les règles sur la capacité, sur le rap-  
 « port et la réduction.

« Supposons qu'un prétendu associé veuille faire un apport  
 « gratuit, on lui dira : Ce n'est pas possible, c'est en dehors du  
 « contrat de société. Vous voulez faire une donation à vos soi-  
 « disant associés ? Déclarez-le nettement, observez les formes

<sup>1</sup> Note sous Paris, 25 mars 1881, Sirey, 1881, p. 249, col. 6 ; à rapprocher des observations présentées par M. Labbé, ici même, dans un examen doctrinal, 1882, p. 346.

<sup>2</sup> On peut dire que l'être fictif est, en effet, *personne interposée*, dans ce cas. C'est une *interposition* inverse de celle qui se produit dans la pratique lorsqu'un individu joue le rôle d'acquéreur au profit d'une association non personnalisée, et dès lors incapable d'acquiescer.

« des donations. Vous voulez que les biens par vous donnés augmentent les ressources de la société? Mettez comme condition que les donataires apporteront dans la société les biens par eux reçus. Il en est de même lorsque, la société étant constituée, un tiers veut faire une libéralité à la société. *La personification sociale repose sur un contrat qu'elle ne doit pas servir à dénaturer.* La société est une réunion fortement nouée d'intérêts privés appartenant à des personnes individuelles. La libéralité enrichira ces personnes. C'est à elles qu'elle doit être adressée d'une façon directe et franchement accusée<sup>1</sup>. »

49. Nous pouvons résumer maintenant les deux conséquences pratiques de l'antithèse que nous avons essayé d'établir entre les P. M. *publiques* et les P. M. *privées*<sup>2</sup>; — les premières, supposant la poursuite d'un but désintéressé, exclusives de toute préoccupation de lucre qui impliquerait volonté de maintenir les droits individuels sur la tête des adhérents à l'œuvre; — les secondes n'étant qu'un moyen de favoriser la réalisation de bénéfices individuels, supposant, dès lors, que l'être fictif n'absorbe pas en lui les droits des associés.

A. — D'une part, la P. M. *publique*, l'œuvre est donc le vrai titulaire du patrimoine social; si elle périt, par une dissolution, si l'un des membres de l'association sur laquelle elle repose se démet ou est exclu... les droits individuels ne renaissent pas: le fonds social est sans maître, en cas de dissolution, — en cas de démission ou d'exclusion, il reste intact et fixé toujours, tout entier, sur la tête de la P. M. dont l'existence juridique continue.

La P. M. *privée*, au contraire, laisse subsister les droits individuels qui s'exerceront, au profit de chaque associé quand la personnalité civile s'évanouira, ou qu'un associé se détachera de la société.

<sup>1</sup> M. Arthur Bouvier, dans la thèse précitée (p. 201-202), a fait l'application de cette théorie aux libéralités adressées aux associations syndicales de la loi de 1865.

<sup>2</sup> Cette antithèse est faite par M. Labbé, avec une extrême netteté, dans la note d'où nous avons détaché le passage précédent; ce que nous avons dit (n° 41) n'en est qu'un pâle reflet.

B. — D'autre part, les dons et legs faits à une P. M. *publique* vont à l'être fictif lui-même, c'est l'œuvre que le disposant veut gratifier et c'est l'œuvre seule qui est gratifiée : son patrimoine s'accroît, les individus ne reçoivent rien. Et le danger de cet accroissement, possible indéfiniment, motive l'intervention des Pouvoirs publics, sans laquelle l'être fictif est déclaré incapable de profiter de la libéralité.

Rien de pareil pour les dons et legs faits à une P. M. *privée*; aucune autorisation administrative n'est exigée; elle serait inutile : ce n'est plus ici l'être fictif qui est gratifié; ce sont les associés collectivement : la persistance de leurs droits individuels, conséquence du but qu'ils poursuivent, fait qu'ils sont, *en personne*, les destinataires de la libéralité. S'il en est ainsi, si ce sont des individus qui sont conjointement gratifiés, pourquoi recourir à l'art. 910, C. civ.? Il n'y a plus de danger de *main-morte* à conjurer.

(La suite prochainement)

MARC SAUZET.

## BIBLIOGRAPHIE.

### PRÉCIS DE DROIT CRIMINEL,

Par M. R. GARRAUD, professeur de droit criminel à la Faculté de Lyon <sup>1</sup>.

*Troisième édition.*

Compte rendu par M. LABORDE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Tout en travaillant à la publication d'un *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, en cinq volumes, in-8, M. Garraud vient de faire paraître la troisième édition de son *Précis de droit criminel*. Le plan général de l'ouvrage ne diffère pas de celui que l'auteur avait suivi dans les éditions précédentes; il faut noter seulement des modifications de détail et des additions que nécessitaient des lois récentes : celle du 27 mai 1885 sur les récidivistes, complétée par le décret réglementaire du 26 novembre suivant, celle du 14 août 1885 sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionnelle, patronage, réhabilitation). Le *Précis* se trouve par là mis suffisamment au courant de

<sup>1</sup> 1888, 1 vol. in-8 de 813 pages.

notre législation pénale actuelle. Je dis : *suffisamment* ; car, avec le travail incessant qui s'opère dans cette branche du droit, quel est l'auteur qui pourrait se flatter de terminer, je n'ose dire, la rédaction, mais seulement l'impression d'un traité de droit criminel sans se laisser devancer par le législateur ? Ainsi M. Garraud n'a pu citer deux décrets relatifs à la relégation collective, parus dans le courant de l'année dernière : celui du 22 août 1887, qui réglemeute le régime disciplinaire des relégués collectifs aux colonies et celui du 5 septembre 1887 qui organise les dépôts d'arrivée et de préparation. Plus récemment encore un décret du 13 janvier 1888 modifiait la condition, au point de vue pénal, des forçats libérés, non relégués, astreints à la résidence obligée dans la colonie pénale. — M. Garraud a opéré quelques changements, purement matériels, dans l'ordre d'exposition des matières contenues dans son Précis. La première partie, consacrée au *Droit pénal*, se divise en trois livres. Le premier traite *De l'infraction* ; le second, *De la peine* ; le troisième, *De la pluralité d'infractions et d'infractions*. Je préfère, je l'avoue, le programme de sa deuxième édition. La pluralité d'infractions et d'infractions n'est en effet qu'un incident de l'application des peines. Il semble donc logique de traiter cette matière avant d'aborder l'extinction des peines. Le nouveau programme a un autre inconvénient : il fait passer l'exposé du concours des causes d'aggravation et d'atténuation bien avant celui de la récidive, et cependant cette dernière théorie est supposée connue, lorsqu'on expose l'autre. J'approuve au contraire le déplacement qui a été opéré pour les questions préjudicielles. Dans la première édition, elles étaient traitées à propos de l'exercice de l'action publique, auquel elles mettent obstacle. Dans la deuxième édition, elles étaient jointes à l'exposé de la chose jugée, sur laquelle elles exercent leur influence. Dans l'édition actuelle, elles viennent à la suite des règles de la compétence, auxquelles elles font exception. Voilà leur véritable place, celle qui est indiquée par la raison d'être des questions préjudicielles ; les deux autres ne s'expliquent que par leurs résultats, et encore l'un de ces résultats est-il sujet à controverse. La théorie de l'extradition a conservé la place qu'elle occupait dans l'édition précédente : elle est comprise

dans la théorie de l'infraction et vient immédiatement après l'exposé du principe de la territorialité de la loi pénale et de ses exceptions. La première édition du Précis exposait au contraire la théorie de l'extradition entre parenthèses à propos de l'obstacle que la nécessité d'obtenir une extradition préalable apporte quelquefois à l'exercice de l'action publique (art. 7, C. inst. crim.). Cette place était préférable. L'extradition, en effet, est essentiellement une procédure ; elle fait partie du droit sanctionnateur ; dès lors elle devait figurer dans la seconde partie du Précis et non dans la première, où l'auteur s'occupe exclusivement du droit déterminateur.

Après ces observations sur la forme de l'ouvrage, je ne signalerai au point de vue du fond que le commentaire des nouvelles institutions introduites par les lois des 27 mai et 14 août 1885. La peine de l'interdiction de séjour et celle de la relégation, la libération conditionnelle, le patronage des libérés et la réhabilitation, qui apparaissent comme les institutions complémentaires du régime pénitentiaire, les conditions d'application de la relégation, dont l'exposé s'ajoute à la théorie de la récidive, sont de la part de M. Garraud l'objet d'une étude approfondie. L'auteur a consulté tout ce qui a été écrit sur ces matières. Il excelle comme toujours à condenser dans une formule concise et claire l'exposé des doctrines qu'il adopte ou qu'il combat. Il cite les auteurs et les principaux arrêts, de manière à faciliter le contrôle qu'à notre époque tout lecteur aime à exercer sur les doctrines rapportées dans l'ouvrage qu'il étudie. Ces notes ont en outre l'avantage de donner au Précis de M. Garraud une utilité pratique qui ne se limite pas à l'enceinte de nos écoles. Les magistrats et les avocats trouveront dans ce Précis la solution, avec les autorités à l'appui, de beaucoup de questions de détail qu'ils n'espéraient peut-être rencontrer que dans les ouvrages plus étendus ou dans les recueils de jurisprudence ; et l'exactitude de la solution est d'autant plus facile à apprécier, qu'elle se trouve ici toujours rapprochée du principe.

En terminant ce compte-rendu, que mon savant collègue veuille bien me permettre de critiquer sa solution sur un point relatif à la relégation. Pourquoi déclare-t-il cette peine impres-



criptible? Il n'indique pas dans son Précis le motif qui le détermine (n° 186, d.); mais dans la brochure qu'il publia en 1886 sur *La Relégation et l'Interdiction de séjour*, il donne pour raison (p. 5, note 4) que cette peine est « accessoire à la condamnation », c'est-à-dire *complémentaire*, pour employer une terminologie plus usitée et qu'il emploie lui-même (*Précis*, 186, c.). N'est-ce pas là une équivoque? Sans doute la plupart des peines complémentaires sont imprescriptibles, mais ce n'est pas à raison de leur caractère complémentaire, c'est parce que, consistant dans des incapacités, leur exécution a lieu de plein droit, sans mesure d'exécution matérielle. Qu'on suppose au contraire une peine complémentaire nécessitant des mesures de ce genre, sa prescriptibilité ne fera pas doute. Niera-t-on, par exemple, la prescriptibilité de l'emprisonnement qui sert de complément à la dégradation civique, ou de l'amende qui accompagne la peine du faux (art. 35, 164, C. p.)? Il en est de même de la relégation, parce que son exécution nécessite une mesure matérielle, la transportation aux colonies (art. 1, L. 27 mai 1885). Il est vrai qu'en attendant son transfèrement le relégué subit sa peine en France dans les lieux de dépôts; mais ce n'est pas une raison pour assimiler la relégation à l'interdiction de séjour, qui est une mise du condamné à la disposition de l'autorité administrative, s'exécutant de plein droit, indépendamment de la signification des séjours interdits. On ne saurait mieux la comparer qu'à la déportation, dont l'exécution a lieu provisoirement par la détention dans une forteresse de la France continentale, lorsque les communications sont interrompues entre la métropole et la colonie pénale (art. 17, C. p.). Cela rend-il la déportation imprescriptible?

A. LABORDE.

MÉMORIAL D'AUDIENCE A L'USAGE DES TRIBUNAUX CIVILS,  
CORRECTIONNELS ET DE COMMERCE <sup>1</sup>,

Par M. Jules AUDIER, ancien magistrat.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Le livre dont le titre précède, et dont M. Audier vient de donner une nouvelle édition, mise au courant de la législation, de

<sup>1</sup> Nouvelle édition, 1887, 1 vol. in-4.

la doctrine et de la jurisprudence, n'est certainement pas inconnu des lecteurs de la *Revue critique*. Ils savent d'ores et déjà qu'il est essentiellement un ouvrage de pratique.

Ancien magistrat, son auteur a été à même de constater par expérience, au cours de sa carrière, l'embaras dans lequel se trouve parfois le juge, lorsqu'un incident d'audience vient à se produire inopinément et l'oblige à résoudre sur le champ des questions qu'il n'a ni prévues, ni étudiées, ni méditées à l'avance, et qui sont en dehors des habitudes courantes de la procédure. Pour les trancher, il lui faut souvent recourir à des lois éparses dans nos Codes, et, les eût-il sous la main, leur sens n'étant peut-être pas toujours d'une clarté parfaite, il éprouverait encore le besoin d'être fixé sur l'interprétation qu'en donne la jurisprudence.

Ce sont ces difficultés d'ordres multiples et divers, que M. Audier a voulu aplanir, pour faciliter la tâche de ses anciens collègues : de là, la conception d'un recueil succinct des notions juridiques les plus importantes, sorte de répertoire où se trouvent classés, dans un ordre méthodique, les textes à consulter, mis en lumière par les auteurs et par les décisions des Cours et tribunaux qui ont eu à en faire l'application.

Le *Mémorial d'audience* embrasse les audiences civiles, commerciales et correctionnelles. Telle est même la principale division du livre. A un point de vue plus analytique, il se répartit en neuf chapitres. — Le premier traite des audiences en général, de leur publicité, de leur police et des règles fondamentales de la défense. — Dans les six chapitres qui suivent, l'auteur passe successivement en revue les audiences civiles, les audiences des criées, les audiences commerciales, les audiences des vacations, les audiences correctionnelles et les audiences forestières ; à propos de chacune d'elles le rôle du Président, celui du ministère public, les conditions essentielles pour la validité des délibérations et pour la régularité des motifs et du dispositif du jugement, font l'objet d'un examen rigoureux. Chaque phase de l'instance est suivie avec un soin minutieux, et aucun menu détail n'est omis.

Le huitième chapitre est consacré aux décisions que les tribunaux sont appelés à rendre en Chambre du Conseil. Parmi elles,

les unes appartiennent à la catégorie des actes de juridiction gracieuse, comme sont, par exemple, celles relatives aux mesures à prendre pour assurer l'administration des biens des présumés absents; les autres ont un caractère absolument contentieux: dans cette classe, rentrent notamment celles qui ont pour but de convertir la séparation de corps en divorce, après un laps de trois années. — La procédure revêtant des formes particulières pour chacune de ces deux sortes si distinctes de décisions, M. Audier a dû les indiquer, et il l'a fait avec une netteté et une précision fort remarquables.

Dans le neuvième et dernier chapitre, il a réuni et groupé dans un ensemble commun les dispositions qui ont trait aux Assemblées générales, c'est-à-dire aux réunions plénières des membres du tribunal, provoquées par le président, soit d'office, soit sur les réquisitions du procureur de la République. A la suite, figure un Appendice, dans lequel se trouvent résumées les règles que les magistrats sont tenus d'observer dans l'exercice des fonctions spéciales qui peuvent leur être confiées en dehors de l'audience, pour l'instruction des affaires.

L'ouvrage se termine par une table analytique et alphabétique des délits correctionnels et des peines qui les atteignent. Cette table est divisée en quatre colonnes, contenant: la première, la qualification des délits; la seconde, l'indication des textes de lois et décrets applicables; la troisième, celle des peines encourues; la quatrième, celle des cas où les circonstances atténuantes pourraient être accordées. Grâce à ce tableau synoptique, il est aisé d'embrasser, d'un coup d'œil rapide, tout ce qui concerne l'application de la loi pénale à chaque infraction déterminée.

En réalité, le recueil que M. Audier a rédigé pour venir en aide aux magistrats, est de nature à rendre de grands et réels services. La somme des renseignements fournis d'après la loi, la jurisprudence et la doctrine des auteurs est considérable, et le juge peut être certain d'être guidé dans toutes les circonstances difficiles où il se trouvera. Avec le *Mémorial d'audience*, il connaîtra les précédents, et sa mémoire aidée, rafraîchie ou fixée, ne risquera pas de s'écarter inconsciemment de la voie tracée par la Cour régulatrice.

Peut-être la classification n'est-elle pas exempte d'arbitraire ; peut-être aussi trouvera-t-on que l'ordre adopté, en émiettant des idées connexes et des notions communes sur une foule de mots trop nombreux et trop étroits semés et éparpillés alphabétiquement de ci et de là, est de nature à devenir une source de confusion ; peut-être, enfin, regrettera-t-on que de nombreux détails aient été relégués dans un long Appendice, qui auraient pu être fondus dans le corps de l'ouvrage. Il est vrai qu'une table alphabétique des matières, précédée d'une table chronologique des lois spéciales et des articles des Codes cités ou commentés, renvoie successivement, pour un même sujet, et à la partie principale du livre et à l'appendice ; mais le but n'est-il pas précisément de simplifier les recherches et de hâter la découverte des renseignements ?

Quoi qu'il en soit, ce ne sont là que des taches légères, et sur lesquelles nous croyons devoir d'autant moins insister, que le *Mémorial d'audience* (qui gagnerait beaucoup à être accompagné d'une table méthodique) est appelé à avoir de nombreuses éditions, où il sera facile à l'auteur de les faire disparaître. Nous préférons appeler l'attention sur l'intérêt et l'utilité que présente un livre de cette sorte. Pour arriver à le composer avec autant d'exactitude, pour lui permettre de prévenir des erreurs et d'éviter des pertes de temps toujours regrettables et des recherches souvent fastidieuses, il ne fallait pas moins que la compétence toute particulière de M. Audier. En comblant une véritable lacune, il permettra à ses successeurs de profiter encore des fruits de son expérience et de son travail ; n'est-ce pas le meilleur moyen de couronner dignement et de prolonger en quelque façon une carrière que l'on aime, que de relier ainsi le passé au présent et à l'avenir ?

P. LOUIS-LUCAS.

---

*L'Editeur-Gérant* : F. PICHON.

---

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

## EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT MARITIME  
ET DE DROIT INDUSTRIEL

(Année judiciaire 1886-1887),

Par M. Ch. LYON-CAEN,

Professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des sciences politiques.

§ 1<sup>er</sup>. — DROIT MARITIME.ABANDON DU NAVIRE ET DU FRET. — TRANSLATION DE PROPRIÉTÉ. — MANDAT DE VENDRE. — Arrêt de la Cour de Bordeaux du 15 janvier 1887<sup>1</sup>.

Lorsque le propriétaire d'un navire profitant de l'avantage de n'être tenu que sur sa fortune de mer des faits et actes de son capitaine, abandonne son navire et le fret, quels effets cet abandon produit-il? Est-ce un acte translatif de la propriété du navire au profit des créanciers auxquels l'abandon est consenti, n'est-ce pas plutôt un mandat donné aux créanciers de faire vendre aux enchères le navire abandonné? La question présente un certain intérêt pratique, spécialement dans le cas où le fret et le navire ont une valeur dépassant le montant des créances à raison desquelles l'abandon est fait. S'il y a là un acte translatif de propriété, les créanciers peuvent conserver le prix de la vente du navire, sans avoir aucun compte à rendre au débiteur. Au contraire, s'il y a dans l'abandon un simple mandat de vendre aux enchères, une sorte de cession de biens judiciaire (art. 1269, C. com.) réduite à la fortune de mer, les créanciers ont un compte à rendre à leur débiteur et doivent lui rembourser l'excédent du prix du navire abandonné sur le montant de leurs créances.

La question s'est rarement présentée. Cela tient sans doute à ce que le propriétaire d'un bâtiment de mer ne fait guère l'abandon que lorsqu'il y a un avantage réel par suite de l'état du navire qui a subi des avaries très graves ou qui est au fond de l'eau. La question s'est posée devant la Cour de Bordeaux. Cette Cour a refusé de voir dans l'abandon un acte translatif de la propriété des navires. L'arrêt ne donne aucun motif à l'appui de cette solution : il se borne à affirmer que le navire ne doit pas être livré

<sup>1</sup> *Revue du droit international maritime*, 1887-88, p. 416.

aux créanciers, mais vendu aux enchères publiques à la requête du propriétaire du bâtiment, pour un prix qui sera distribué aux ayant-droit. Nous croyons préférable de considérer l'abandon comme un acte translatif de propriété. Dans le silence de la loi, il est équitable d'interpréter dans le sens le plus favorable aux créanciers une disposition aussi exceptionnelle que celle de l'article 216, C. com. On peut invoquer en ce sens plusieurs décisions judiciaires <sup>1</sup> et l'opinion de plusieurs auteurs <sup>2</sup>. Mais quelques jurisconsultes <sup>3</sup> ont soutenu la doctrine opposée qu'a consacrée la Cour de Bordeaux <sup>4</sup>. C'est cette dernière opinion que le projet de révision du livre II du Code de commerce rédigé en 1867 admettait aussi. L'art. 227 de ce projet disposait : « Le navire est vendu à la requête du créancier le plus diligent. Le prix est distribué entre les créanciers ; l'excédent, s'il y en a un, appartient au débiteur qui a fait l'abandon. »

ABANDON DU NAVIRE ET DU FRET. — RENONCIATION. — COMPAGNIE DES MESSAGERIES MARITIMES. — Arrêt du Conseil d'État du 18 novembre 1887 <sup>5</sup>.

La faculté d'abandon du navire et du fret n'est assurément pas d'ordre public. Le propriétaire du navire peut y renoncer expressément. La renonciation à ce bénéfice résulte de ce que ce propriétaire contracte une obligation personnelle au lieu de laisser le capitaine agir pour lui. En effet, il est incontestable que l'abandon du navire et du fret peut avoir lieu seulement à raison des obligations du capitaine, non à raison des obligations contractées par le propriétaire du navire lui-même ou résultant de son fait. Mais la renonciation au droit de faire abandon du navire et du fret ne doit pas se présumer ; comme la renonciation à tout autre droit, elle doit être difficilement admise. Peut-être les juridictions

<sup>1</sup> Trib. comm. Marseille, 20 septembre 1830, *Journ. de Marseille*, 1830. 2. 277.

<sup>2</sup> De Courcy, *D'une réforme internationale du droit maritime*, p. 50 et suiv. ; *Questions de droit maritime* (3<sup>e</sup> série), p. 279 ; Laurin, sur Cresp, I, p. 629.

<sup>3</sup> De Valroger, I, p. 324 ; Arthur Desjardins, t. II, p. 103, n<sup>o</sup> 297 ; de Sèze, *De la responsabilité des propriétaires de navires*, p. 182 et suiv.

<sup>4</sup> Rennes, 28 mars 1873, *Journ. de Marseille*, 1874. 2. 128.

<sup>5</sup> *Le Droit*, numéro du 20 novembre 1887 ; *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 535.

administratives méconnaissent-elles cette règle élémentaire d'interprétation, quand l'abandon est fait à l'État. Elles considèrent très aisément que les clauses des traités conclus entre l'État et les grandes Compagnies de navigation maritime impliquent renonciation à la faculté d'abandon. Dans l'espèce, il avait été stipulé que la Compagnie serait responsable du matériel transporté à partir du moment où elle en donnerait récépissé jusqu'au moment où il en serait donné décharge lors de la livraison. Des clauses de ce genre impliqueraient-elles une obligation personnelle de la part d'un propriétaire de navire envers le particulier dont les marchandises doivent être transportées par mer? Assurément, non. Elles ne mettraient pas obstacle à l'abandon en présence d'une faute du capitaine. Aussi nous ne saurions approuver l'arrêt du Conseil d'État qui, en vertu d'une clause de ce genre, a exclu la faculté d'abandon que la Compagnie des messageries maritimes voulait exercer à l'égard de l'État.

ABORDAGE. — FORMALITÉS DES ART. 435 ET 436, C. COM. — CHARGEUR. —  
 Jugement du tribunal de commerce de la Seine du 26 mars 1887<sup>1</sup>.

Ce jugement mérite d'attirer tout spécialement l'attention. Il consacre une opinion sans doute fort équitable, mais contraire à une jurisprudence bien établie et, nous le croyons, aux dispositions de la loi.

Le législateur français veut que les actions en indemnité pour cause d'abordage soient exercées dans des délais très brefs. Les accidents de mer sont fréquents. Si l'on attend trop longtemps pour réclamer une indemnité à raison d'un abordage, il est à craindre qu'on ne sache plus si les dommages sont dûs soit à l'abordage ou à un événement soit postérieur ou antérieur. Cette considération explique dans une certaine mesure les dispositions des art. 435 et 436, C. com. *Sont irrecevables... toutes actions en indemnité pour dommages causés par abordage dans un lieu où le capitaine a pu agir, s'il n'a point fait de réclamation. Cette réclamation est nulle si elle n'est faite et signifiée dans les 24 heures et si, dans le mois de sa date, elle n'est suivie d'une demande en justice.*

De nombreuses personnes peuvent éprouver un préjudice par

<sup>1</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 33.

suite d'un abordage. Tels sont le propriétaire du navire abordé, les propriétaires des marchandises, les gens de mer et les passagers tués ou blessés. La fin de non-recevoir des art. 435 et 436, C. com., est-elle applicable aux actions en indemnité de toutes ces personnes ou de leurs héritiers, quand le capitaine n'a pas rempli les formalités prescrites dans les délais légaux?

Deux points sont à cet égard certains.

1° La fin de non-recevoir des art. 435 et 436, C. com., s'applique à l'action en indemnité du propriétaire du navire. Elle est sans doute rigoureuse, mais elle se conçoit. C'est le propriétaire du navire qui a choisi le capitaine; il ne peut se plaindre d'avoir à supporter les conséquences de la négligence de celui-ci; il aurait dû faire choix d'un homme plus diligent pour diriger le navire.

2° Au contraire, les art. 435 et 436, C. com., doivent rester sans application aux dommages causés par un abordage aux personnes elles-mêmes (blessures et mort). Les motifs de la loi sont sans portée dans ces hypothèses. On ne peut dire alors que la fréquence des dommages causés par des accidents de mer, doit faire craindre qu'on ne sache plus après un certain temps si le dommage allégué provient de l'abordage ou d'un autre accident. *Cessante ratione legis, cessat lex.*

Mais la fin de non-recevoir des art. 435 et 436 est-elle opposable aux propriétaires de marchandises chargées sur le navire abordé? Le tribunal de commerce de la Seine admet la négative, tandis que la jurisprudence a jusqu'ici appliqué, au contraire, la fin de non-recevoir même aux chargeurs. Malheureusement, on chercherait vainement dans le jugement un motif véritable. Le tribunal de commerce de la Seine se borne à affirmer l'exactitude de la solution qu'il consacre, en le faisant précéder du mot *attendu*. On lit seulement dans ce jugement : « *Attendu que l'art. 436 ne dispose que pour les capitaines et pour la conservation des droits de l'armateur; qu'il ne saurait donc avoir « d'application en l'espèce.* » C'est là une simple affirmation de ce qui est en question. Certes, les art. 435 et 436 seraient inapplicables à l'action en indemnité des chargeurs, s'ils ne disposaient que pour la conservation des droits de l'armateur, il n'est pas même besoin de le dire. Mais ces articles ne disposent-ils que



pour l'armateur? Le texte même de ces articles a toujours été considéré jusqu'ici par nos tribunaux comme contraire à cette solution. La loi donne au capitaine la mission de réclamer et de former une demande en justice dans l'intérêt de tous et elle admet corrélativement que la négligence du capitaine donne lieu à une fin de non-recevoir contre tous les intéressés. D'après l'art. 435, ce n'est pas l'action de l'armateur seule qui est déclarée non-recevable, la fin de non-recevoir s'applique à toutes actions en indemnité pour dommages causés par l'abordage.

Au surplus, en adoptant cette doctrine, nous entendons seulement la présenter comme conforme à la loi. Loin de nous la pensée qu'elle soit équitable et rationnelle. Il est exorbitant que les chargeurs aient à souffrir de la négligence du capitaine qu'ils n'ont pas choisi. Il serait sans doute bon que le capitaine pût conserver les droits de tous, mais, quand il n'a pas agi pour les conserver, un certain délai devrait être accordé pour le faire aux chargeurs, à partir du jour où ils ont connu l'abordage.

ABORDAGE. — FAUTE COMMUNE. — RÉPARTITION DE LA RESPONSABILITÉ. — Arrêt de la Cour de Bordeaux du 23 mars 1887<sup>1</sup>.

Notre Code de commerce (art. 407) a prévu les cas d'abordage fortuit, fautif et douteux. Mais l'abordage fautif peut être causé soit par la faute d'un seul capitaine, soit par les fautes communes des capitaines du navire abordeur et du navire abordé. Notre Code a bien parlé du cas où il y a faute d'un seul capitaine, pour le déclarer tenu des dommages-intérêts; il a passé, au contraire, sous silence le cas où il y a faute commune. Qui doit supporter les dommages dans cette dernière hypothèse? Les solutions données à cette question varient beaucoup selon les pays. Dans quelques États, on admet, sans comparer ensemble les fautes des deux capitaines, qu'il y a une sorte de compensation entre elles et, par suite, on laisse supporter par chaque capitaine le dommage causé à son navire. C'est la décision du Code de commerce allemand (art. 737). D'après les lois et les usages d'autres États, spécialement de l'Angleterre, on partage par moitié les dommages-intérêts entre les deux navires, sans tenir compte du degré de faute de chaque

<sup>1</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, p. 26,

capitaine. Enfin, dans quelques pays, notamment en Belgique (loi du 21 août 1879, art. 229) on admet que les dommages-intérêts sont répartis entre les deux capitaines en proportion du degré de faute de chacun, de telle sorte que la répartition ne se fait par moitié que lorsque les fautes sont égales ou lorsqu'il est impossible de fixer dans quelle mesure chaque capitaine a contribué à causer l'abordage.

On peut assurément, dans le silence de la loi française, hésiter entre ces trois solutions. La jurisprudence paraît fixée en faveur de la troisième. C'est elle qu'a adoptée la Cour de Bordeaux. Nous croyons, qu'en effet, cette solution est à la fois la plus équitable et la plus conforme aux principes généraux du droit auxquels il est naturel de recourir par cela même que la loi est ici silencieuse<sup>1</sup>. Il est équitable que chacun soit responsable en proportion de sa faute. Le principe de l'art. 1382, C. civ., implique même que la responsabilité a pour mesure l'étendue de la faute. Il est vrai que souvent la part comparative de chacun sera difficile ou même impossible à déterminer. Force est bien alors d'arriver au partage par moitié. Mais ce n'est pas une raison pour admettre toujours ce partage. C'est en ce sens que s'est prononcé en 1885 le Congrès international de droit commercial d'Anvers.

ASSURANCES MARITIMES. — ABOARDAGE. — RISQUES. — POLICE D'ASSURANCES. —  
Tribunal de commerce de la Seine, jugement du 2 juin 1887<sup>2</sup>.

Le Code de commerce a posé quelques règles spéciales sur l'abordage. Ainsi, quand il y a doute sur le point de savoir si l'abordage est dû à un cas fortuit ou à la faute d'un capitaine, le Code (art. 407) n'admet pas, conformément au droit commun, qu'à défaut de preuve de la faute, il faille traiter les choses comme s'il y avait eu cas fortuit et laisser supporter par chacun le dommage qu'il a souffert; les dommages causés aux navires sont répartis entre eux par moitié. De même pour que les droits des intéressés à une indemnité soient conservés, il faut que le capitaine agisse dans des délais très brefs (art. 435 et 436, C. com.). Il a été depuis longtemps reconnu que ces dispositions spéciales s'appliquent seulement à l'abordage proprement dit, c'est-à-dire

<sup>1</sup> Arthur Desjardins, *op. citat.*, t. V, n. 1128.

<sup>2</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 183.

au choc entre deux bâtiments de mer. Malgré la grande analogie des faits, ces dispositions sont écartées quand un navire heurte tout autre objet qu'un bâtiment de mer (un pont, une estacade, etc...) et est par suite, endommagé. Cette interprétation restrictive donnée au mot *abordage* employé par le Code de commerce, doit-elle lui être aussi donnée lorsque ce mot est employé dans une police d'assurance? En général, cette question n'offre pas d'intérêt. Car, si les polices contiennent une énumération des risques de mer dont l'assureur répond et comprennent parmi eux les *abordages*, du moins cette énumération n'est pas limitative. C'est ainsi que les polices françaises (art. 4), après avoir mentionné les principaux risques dont l'assureur est responsable, déclare qu'il est tenu *généralement de tous accidents et fortunes de mer*<sup>1</sup>. Mais parfois la machine d'un bâtiment est assurée franche d'avarie particulière, sauf dans certains cas, notamment dans celui de l'abordage. C'est là ce qui se présentait devant le tribunal de commerce de la Seine. Il était stipulé dans la police que les assureurs seraient « francs d'avaries particulières sur les machines et accessoires, sauf dans le cas d'*abordage*, d'échouement ou d'incendie. » Le tribunal a pris le mot *abordage* dans le sens technique et écarté la responsabilité de l'assureur parce que le choc du navire abordé s'était produit, non avec un autre navire, mais avec une jetée ou un pilotis. Cette décision ne peut qu'être approuvée.

ASSURANCES MARITIMES. — AVANCES AUX MATELOTS. — VALIDITÉ DE L'ASSURANCE SUR CES AVANCES. — VICE PROPRE. — Arrêt de la Cour de Bordeaux du 26 août 1887<sup>2</sup>.

Le Code de commerce (art. 352) exclut les dommages causés par le vice propre de la garantie de l'assureur maritime. On entend par là soit un défaut de la chose soit un principe inhérent à la chose qui, indépendamment des accidents de mer, produit la détérioration ou la destruction plus ou moins rapide de cette chose. Le vice propre ne peut pas, à proprement parler, être rangé parmi les risques de mer et l'assureur maritime n'est responsable que de ces risques.

<sup>1</sup> V. de Courcy, *Commentaire des polices françaises d'assurance maritime* (2<sup>e</sup> édition, p. 1 et 215).

<sup>2</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 171.

La Cour de Bordeaux a eu à résoudre, à l'occasion de l'exclusion du vice propre des assurances maritimes, une question assez délicate. Elle ne saurait être bien comprise qu'après un résumé des faits de l'espèce.

Un prêteur avait fait des avances sur leurs loyers aux matelots du navire, *L' Aimée*. Ce navire était armé pour la pêche, les matelots étaient engagés au profit, de telle sorte qu'ils ne devaient toucher leur part que sur le montant de la pêche à faire. Le prêteur avait fait assurer le montant de ses avances. Le navire quitta par trois fois le port de Saint-Malo et dut y rentrer chaque fois après peu de jours à raison d'avaries qui empêchaient de continuer le voyage. Il fut constaté que ces avaries avaient pour cause le vice propre. Le tribunal de commerce de Saint-Malo déclara résilié l'engagement des matelots, en se fondant sur ce qu'ils ne pouvaient être contraints de s'embarquer sur un navire innavigable. En conséquence, le prêteur qui avait avancé les loyers, actionna son assureur pour le faire condamner à lui payer le montant de l'indemnité stipulée dans la police. Le tribunal de commerce de Bordeaux le débouta de sa demande en annulant l'assurance comme faite en contravention de l'art. 347, C. com. En appel, la Cour de Bordeaux admit, au contraire, la validité de l'assurance, mais repoussa la demande de l'appelant en se fondant sur ce que le vice propre n'est pas garanti par l'assureur maritime. La Cour de Bordeaux a ainsi consacré les deux solutions suivantes :

*a.* Celui qui fait à des gens de mer des avances sur leurs loyers peut faire assurer ces avances ;

*b.* L'assureur des avances peut opposer le vice propre du navire à l'assuré.

De ces deux solutions la première n'est plus douteuse depuis la loi du 12 août 1885, elle était contestée antérieurement ; la seconde, au contraire, est toujours sujette à discussion. Nous adhérons pleinement à la première solution ; la seconde nous paraît, au contraire, inexacte.

*a.* Avant la loi du 12 août 1885, le Code de commerce (art. 347) défendait l'assurance des loyers des gens de mer. Quelle était l'assurance ainsi prohibée ? c'était celle que les gens de mer auraient pu avoir l'idée de contracter contre les risques

de mer pouvant leur faire perdre leurs loyers (art. 258, C. com.). Le législateur, pour intéresser les gens de mer au salut du navire et de la cargaison, tenait essentiellement à ce qu'ils fussent exposés à perdre leurs loyers. Mais l'armateur ou un tiers prêteur pouvait (art. 258) faire des avances sur les loyers. Aucune disposition légale ne défendait l'assurance de ces avances. C'est ainsi qu'avant la loi du 12 août 1885, un armateur ne pouvait pas faire assurer le fret à faire (art. 347); mais il était admis que le chargeur, qui avait fait sur le fret des avances non restituables (art. 302), pouvait faire assurer ces avances. C'est en confondant l'assurance des loyers avec l'assurance des avances faites sur les loyers, que le tribunal de commerce avait déclaré nulle cette dernière assurance. Au surplus, la loi du 12 août 1885 a permis l'assurance des loyers des gens de mer (art. 334 modifié, C. com.); la cause de la confusion n'existe donc plus.

b. La Cour de Bordeaux a fondé sa décision sur une classification spéciale des assurances maritimes. Selon elle, ces assurances ne peuvent avoir que deux objets principaux, *le corps et les facultés*. A l'assurance sur corps se rattachent tous les accessoires, agrès et armements qui en font partie intégrante. L'assurance distincte de l'un de ces accessoires participe, par suite, de l'assurance sur corps et doit être réglée d'après les mêmes principes : les dommages causés par le vice propre du navire doivent donc être exclus de l'assurance d'un de ces accessoires comme de l'assurance du navire lui-même. La Cour de Bordeaux ajoute que cela doit être vrai surtout de l'assurance des avances faites aux matelots; le contrat d'engagement des matelots se rattache ou plutôt s'identifie à l'armement du navire, aux préparatifs nécessaires pour le mettre en état de tenir la mer. La Cour croit trouver un appui pour sa thèse dans plusieurs dispositions du Code de commerce : les matelots ont, pour leurs loyers, une action réelle sur le navire (art. 271, C. com.) et jouissent d'un privilège (art. 191-6°). Enfin la Cour de Bordeaux rappelle que l'exception du vice propre du navire est opposable à celui qui ayant prêté à la grosse sur ce navire, a fait assurer la somme prêtée et dit qu'il y a même raison de décider pour l'assureur des avances de loyers.

Nous croyons, au contraire, que dans l'espèce, l'assureur des

avances ne pouvait pas se prévaloir du vice propre du navire.

Rien ne prouve qu'il y ait lieu de ramener toutes les assurances maritimes à l'assurance sur corps et à l'assurance sur facultés. Il y a là une classification symétrique qui peut plaire à des théoriciens, mais qui n'a réellement dans la loi aucune base certaine. La vérité est que les assurances maritimes ont deux objets principaux, les navires et les marchandises, mais qu'il y a d'autres choses qui, exposées aux risques de mer, peuvent être l'objet d'une assurance maritime. Telles sont notamment la créance résultant du prêt à la grosse, les avances faites sur le fret ou sur les loyers des gens de mer.

Le principe, selon lequel l'assureur ne répond pas des dommages causés par le vice propre, est d'une application facile en matière d'assurance sur corps ou d'assurance sur facultés. Le vice propre opposable à l'assuré est celui de la chose assurée elle-même. L'assureur n'en répond pas, parce que ce n'est pas là un risque de mer. Ainsi l'assureur sur corps ne répond pas du vice propre du navire, l'assureur sur facultés n'est pas garant du vice propre des marchandises. Mais l'assureur sur facultés est garant du dommage causé aux marchandises par suite du vice propre du navire. Dans ce cas, il y a bien un risque de mer : les marchandises ont subi un dommage, parce qu'elles ont dû, pour être transportées par mer, être placées sur un navire. M. Arthur Desjardins réfute l'opinion contraire en des termes excellents que nous nous plaisons à reproduire (t. VI, p. 331). « Les chargeurs, qui ne répondent pas, en thèse, des faits du « propriétaire, ne répondent pas non plus des vices propres du « navire. Cependant Em. Cauvet (t. I, n° 42) a écrit : « Si la « marchandise périt par le vice propre du navire, l'assureur n'est « pas responsable de la perte : ce principe est constant. » Rien « n'est moins constant. Que le chargeur assuré supporte le vice « du chargement assuré, c'est-à-dire de sa propre chose, d'ac- « cord. Mais pourquoi supporterait-il le vice propre de la chose « appartenant à autrui, assurée pour autrui ? Ce vice est, quant « à lui, un dommage quelconque survenu sur mer et, par consé- « quent, une fortune de mer. »

Quand il s'agit de l'assurance d'une créance, spécialement

d'avances, il est évident qu'il ne peut pas y avoir, à parler rigoureusement, de vice propre de la chose assurée elle-même. Le vice propre opposable à l'assuré est alors celui de la chose affectée à la garantie de sa créance ou du sort de laquelle dépend le remboursement de ses avances. C'est ainsi que, si celui qui a fait un prêt à la grosse sur un navire, a fait assurer sa créance, l'assureur ne répond pas envers le prêteur du dommage causé par le vice propre du navire. Le sort de la créance du prêteur à la grosse dépend de celui du navire qui lui est affecté. De même, s'il s'agit de l'assurance d'un prêt à la grosse fait sur la cargaison, l'assureur ne répond pas du dommage provenant du vice propre de celle-ci.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Bordeaux, le recouvrement de ses avances dépendait pour l'armateur non du sort du navire, mais de celui de la pêche, sorte de cargaison éventuelle. En effet, si le navire s'était sauvé et si la pêche s'était perdue, l'armateur n'aurait pas recouvré ses avances. Il les aurait recouvrées, au contraire, si, le navire s'étant perdu, la pêche avait été sauvée. Le prêteur qui avait fait des avances sur les loyers devait donc être assimilé à un assuré sur facultés. Par suite, le vice propre du navire ne lui était pas opposable.

ASSURANCE MARITIME. — DÉCLARATION D'INNAVIGABILITÉ. — DÉLAISSEMENT. — CHOSE JUGÉE. — Arrêt de rejet de la Chambre civile du 27 avril 1887<sup>1</sup>.

L'innavigabilité est un sinistre majeur qui, d'après le Code de commerce (art. 369) et, en général, d'après les polices en usage, donne lieu au délaissement dans les assurances sur corps. Parfois, avant que le délaissement soit opéré, l'innavigabilité d'un navire est déclarée par un consul ou par un tribunal, notamment pour permettre au capitaine de vendre le navire en vertu de l'art. 237, C. com. La déclaration d'innavigabilité ainsi prononcée n'a aucun caractère contentieux et, par suite, elle laisse intacte la question de savoir si l'assuré peut opérer le délaissement du bâtiment comme innavigable. Du reste, le plus souvent l'assureur n'est pas intervenu dans la procédure tendant à la déclaration d'innavigabilité. Cela suffirait pour que l'autorité de la chose jugée n'existât point de façon à permettre le délaissement. On peut ajouter que l'autorité compétente pour déclarer l'innavigabilité

<sup>1</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 40.

au point de vue de la vente à faire par le capitaine, n'a qu'à examiner les faits et à s'inspirer des usages pour résoudre la question, tandis que, dans les rapports entre l'assureur et l'assuré, l'innavigabilité se trouve d'ordinaire définie par la police. V. notamment les art. 10 et 11 de la *police française d'assurance maritime sur corps*.

ASSURANCE MARITIME. — PERTE TOTALE. — DÉLAISSEMENT. — ACTION D'AVARIE. — DÉLAIS.—Jugement du tribunal de commerce de la Seine du 9 mars 1887<sup>1</sup>.

L'action en règlement par avaries se prescrit par cinq ans à partir de la date de la police d'assurance (art. 432, C. com.). Le délaissement doit être fait dans un délai beaucoup plus court; ce délai varie selon le lieu dans lequel le sinistre majeur qui permet de délaisser s'est produit : le délaissement doit être opéré dans les six mois, l'année ou les dix-huit mois de la réception de la nouvelle du sinistre majeur (art. 373, C. com.). Cette différence entre les délais de l'action d'avaries et celle du délaissement a donné naissance à la question suivante : *en cas de perte totale, l'assuré doit-il agir dans les délais du délaissement ou a-t-il le temps plus long accordé pour l'exercice de l'action d'avaries?*

Dans l'espèce soumise au tribunal de commerce, plusieurs chalands avaient été abandonnés en mer coulant bas d'eau. Il n'y avait aucun doute, c'était bien une perte totale. Le tribunal de commerce de la Seine a déclaré l'action de l'assuré non recevable sous le prétexte que, par cela même qu'il y avait perte totale, le délaissement s'imposait et que le délai de six mois dans lequel il aurait dû être opéré, était expiré. L'assuré prétendait qu'il exerçait l'action d'avaries et que, par suite, il était dans les délais légaux pour le faire, puisque cinq ans ne s'étaient pas encore écoulés depuis la date de la police (art. 432, C. com.).

Nous n'hésitons pas à dire que le jugement a été mal rendu et que, dans l'espèce, c'était bien l'action d'avarie qui était exercée, qu'en conséquence, la demande de l'assuré était recevable. L'action d'avarie, qui permet à l'assuré d'obtenir une indemnité proportionnée au dommage, constitue le droit ordinaire de l'assuré. C'est le seul qui devrait rigoureusement lui appartenir. Il en est, du reste, ainsi dans les assurances non maritimes. Par une faveur

<sup>1</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1886-87, p. 694.



spéciale, la loi maritime admet que l'assuré, dans des cas graves appelés *sinistres majeurs*, peut, en abandonnant à l'assureur ce qui peut rester de la chose assurée, réclamer la somme assurée entière. Le délaissement n'est jamais obligatoire. Il faudrait, pour qu'il en fut autrement, qu'une clause formelle fût insérée dans la police. Du reste, dès qu'il y a perte totale on peut dire que le délaissement est exclu et cela pour deux raisons. D'abord il n'y a rien à délaissier. Puis le droit de réclamer l'intégralité de la somme assurée va de soi; il n'est pas le résultat d'une faveur spéciale admise pour les assurances maritimes. Aussi le même droit existe sans aucun doute en cas de perte totale, dans les assurances non maritimes, bien que le délaissement n'y soit point connu.

Le tribunal de commerce de la Seine a joué sur les mots en disant qu'en cas de perte totale, aucune avarie ne peut être constatée et que, par suite, on ne peut procéder par voie d'action d'avarie. L'expression *avarie* a, dans la langue du droit, un sens large; il comprend souvent la perte entière comme les détériorations. Ainsi l'art. 400, C. com., indique parmi les *avaries communes les choses jetées à la mer*; l'art. 403, C. com., mentionne parmi les *avaries particulières la perte des câbles et ancres*.

Si la solution du tribunal de commerce de la Seine était exacte, l'assureur serait soumis à l'action d'avarie pendant cinq ans à partir de la date de la police au cas où il y a perte constatée de 99 p. 0/0. Mais, après six mois, un an ou dix-huit mois, l'assureur échapperait à toute action de l'assuré, par cela même qu'alors le délaissement seul serait possible. Cette singularité seule ne suffit-elle pas pour faire repousser la décision du jugement que nous critiquons?

Elle a été vivement attaquée par M. de Courcy; nous sommes heureux de pouvoir invoquer son opinion et de nous appuyer sur les principaux arguments qu'il a fait valoir pour la défendre<sup>1</sup>.

CONNAISSEMENT. — DIVERS EXEMPLAIRES. — GAGE. — ENDOSSEMENT A PLUSIEURS PORTEURS. — ENDOSSEMENT ANTÉRIEUR. — PRIORITÉ. — Arrêt de la Cour de Rouen du 7 mai 1887<sup>2</sup>.

Le connaissance est un titre qui rend possible et facile la

<sup>1</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 110 et suiv.

<sup>2</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 414.

constitution en gage de marchandises transportées par mer pendant la durée même du transport. Le porteur du connaissement est, en réalité, en possession de marchandises, puisque le capitaine ne doit les délivrer qu'à ce porteur au port de destination. (V. art. 92, C. com.). Le Code de commerce fixe le minimum des exemplaires du connaissement; il doit en être fait au moins quatre (art. 282, C. com.). Mais rien n'empêche d'en dresser un plus grand nombre. Cela se fait notamment en cas de guerre; dans la crainte de la perte d'un exemplaire, il en est expédié plusieurs au destinataire. Notre Code de commerce n'exige pas que chaque exemplaire d'un connaissement indique le nombre total des exemplaires délivrés par le capitaine. Cette formalité n'a été prescrite en France qu'à une époque toute récente et dans un but purement fiscal (loi du 30 mars 1872, art. 5). Aussi peut-il arriver qu'une personne ayant entre les mains plusieurs exemplaires d'un même connaissement endosse à titre de garantie ces exemplaires à des porteurs différents qui sont tous de bonne foi. Quels sont en pareil cas les droits de ces divers porteurs? La question peut se poser alors que l'un d'eux a déjà obtenu du capitaine la délivrance. Elle peut s'élever aussi alors que les marchandises n'ont encore été délivrées à aucun d'eux. C'était dans ces dernières circonstances que la question était soumise à la Cour de Rouen. Celle-ci a admis, en confirmant un jugement du tribunal de commerce du Havre, que le porteur du premier exemplaire endossé doit l'emporter sur les autres et, par suite, peut se faire payer par préférence à eux sur le prix des marchandises. Cette solution conforme à celle qui avait prévalu sous l'empire de l'Ordonnance de 1681, est éminemment juste. Dès qu'il y a eu un endossement à titre de garantie pour une dette égale ou supérieure à la valeur des marchandises, celles-ci ne sont plus libres. Le second endossement est fait à une époque à laquelle le porteur antérieur ne pouvait plus donner en gage les marchandises, par cela même qu'elles avaient été déjà engagées. Il ne faut pas oublier que le bénéficiaire de l'endossement d'un connaissement est, en réalité, possesseur par l'entremise du capitaine, des marchandises auxquelles ce connaissement se réfère. La possession du gage assure au créancier-gagiste un pri-

vilège qu'il ne pourrait perdre que s'il perdait la possession du gage même qui passerait à un tiers possesseur de bonne foi (art. 2279, C. civ.).

Dans l'espèce sur laquelle la Cour de Rouen a statué, les endossements avaient été faits à des dates différentes. Mais il peut arriver aussi que les endossements des divers exemplaires aient été faits au profit de porteurs de bonne foi le même jour. Doit-on alors admettre tous les porteurs des connaissements en concours sur le prix des marchandises ou faut-il tenir compte des heures différentes des endossements, pour faire passer d'abord le porteur auquel le premier endossement a été fait? Cette intéressante question ne se posait pas dans l'espèce. Aussi je me borne ici à renvoyer, sur ce point, à une note très intéressante de mon savant collègue et ami, M. Chavegrin, publiée sous un arrêt de cassation du 12 mai 1885 (Recueil de Sirey, 1886. 1. 473; *Journal du Palais*, 1886. 1. 1161)<sup>1</sup>.

COURTIERS MARITIMES. — AFFRÈTEMENT. — PRIVILÈGE. — Arrêt de la Chambre des requêtes du 1<sup>er</sup> juillet 1887<sup>2</sup>.

L'esprit de chicane donne trop souvent naissance, même dans les matières les plus pratiques, à des contestations entièrement nouvelles que les jurisconsultes les plus adonnés à la théorie ou les plus esclaves des textes ne sauraient prévoir. La question soumise à la Cour de cassation au sujet du monopole des courtiers maritimes en est une preuve nouvelle et curieuse.

A Marseille, un individu se chargeait de faire le courtage des affrètements pour tous les capitaines suédois et norvégiens. Actionné par la chambre syndicale des courtiers maritimes, pour immixtion dans les fonctions réservées à ces courtiers, cet individu se défendait en alléguant que le courtage des affrètements n'est pas l'objet du privilège des courtiers maritimes. A l'appui de cette prétention, il invoquait le texte de l'art. 80, C. com., qui se borne à dire, en ce qui concerne les affrètements, que les courtiers

<sup>1</sup> V. aussi sur les difficultés variées que peuvent faire naître les endossements de différents exemplaires d'un connaissement faits à plusieurs personnes, Arthur Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, t. IV, n. 945.

<sup>2</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 155.

maritimes en font le courtage, tandis qu'il leur confère expressément le droit de faire *seuls* la traduction des chartes-parties, des connaissements et tous autres actes dont la traduction est nécessaire, de constater le cours du fret et d'intervenir en douane en qualité de truchements.

La Chambre des requêtes a avec grande raison rejeté le pourvoi fondé sur cette argumentation littérale. Dans l'ancienne France, le privilège du courtage des affrètements était réservé aux courtiers. Les courtiers privilégiés supprimés par la loi du 24 avril 1791, ont été rétablis par la loi du 28 nivôse an IX et par l'arrêté des consuls du 27 prairial an X. Cette loi et cet arrêté avaient interdit aux tiers non commissionnés toute opération de courtage. Rien n'indique que les rédacteurs du Code de commerce aient voulu abroger ce principe. Si l'art. 80 ne le consacre pas expressément, c'est par suite d'une négligence de rédaction sans portée. Au reste nos lois, en énumérant les fonctions soit des agents de change soit des courtiers privilégiés, ne mentionnent jamais que les actes faisant l'objet de leur privilège (art. 76 et 79, C. com.).

PRÊT A LA GROSSE. — PRIVILÈGE. — SIGNIFICATION DES MOTS *dernier voyage*. — Arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 août 1887<sup>1</sup>.

Le Code de commerce emploie souvent en matière maritime l'expression *voyage* ou *dernier voyage* et il est presque toujours assez malaisé d'en déterminer le sens exact. L'expression *dernier voyage* est employée spécialement à propos des privilèges sur les navires. Afin d'empêcher autant que possible l'accumulation de ces privilèges sur un bâtiment, l'art. 191, C. com., dispose fréquemment que tel ou tel privilège n'existe qu'autant qu'il s'agit d'une créance née durant le dernier voyage. Spécialement, d'après l'art. 191-7<sup>o</sup>, C. com., le prêteur à la grosse est privilégié pour les sommes prêtées au capitaine pour les besoins du *dernier voyage*.

Que signifie l'expression *dernier voyage* ainsi employée à propos du privilège du prêteur à la grosse?

Dans l'espèce, la somme prêtée avait servi à réparer des

<sup>1</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, p. 561.

avaries subies dans la traversée de Calcutta à la Réunion. Depuis lors, le navire avait encore navigué avant de revenir à son port de désarmement. Le prêteur à la grosse invoquant son privilège, on lui opposait qu'il ne pouvait pas l'exercer par cela même que le prêt avait été consenti pour faire des réparations durant le voyage de Calcutta à la Réunion, de telle sorte que le voyage pour lequel le privilège était invoqué, n'était pas le dernier. Cette prétention était conforme à l'opinion de plusieurs auteurs<sup>1</sup>, selon lesquels le dernier voyage est censé accompli à l'égard des prêteurs, au moment où le navire est entré dans le port que les expéditions mises sous leurs yeux indiquaient comme celui où le voyage serait terminé. On ne saurait méconnaître que ce système est fort spécieux. Pour l'appuyer, on peut dire à la fois qu'il évite l'accumulation des privilèges et qu'il est naturel que, pour le prêteur, le voyage soit celui qu'indiquent les expéditions qu'il a dû se faire communiquer.

La Cour de Bordeaux a adopté un autre système qui nous paraît préférable. Elle admet que le dernier voyage est le dernier voyage réel, c'est-à-dire le voyage opéré depuis le départ du port d'armement jusqu'au désarmement. Ainsi l'on considère comme faisant partie d'un seul et même voyage toutes les navigations d'intercourse faites à l'étranger par un navire parti de France jusqu'à son retour. Il est naturel de prendre comme ayant la même acceptation dans les différents alinéas de l'art. 191, C. com. l'expression *dernier voyage*. Or il paraît incontestable que, notamment dans l'article 191-6<sup>o</sup>, à propos du privilège des gens de mer, le dernier voyage s'entend du voyage réel commencé au port d'armement et terminé au port où le navire est désarmé. M. de Courcy<sup>2</sup> admet bien ce système pour les navigations de long cours ; mais pour les navigations au cabotage, il entend par dernier voyage la dernière traversée, si elle a lieu d'un port français à un autre ou l'aller et le retour quand le navire se rend dans un port étranger et revient dans un port de France. Cette distinction est assurément très ingénieuse ; mais M. de Courcy lui-même avoue qu'elle est arbitraire.

<sup>1</sup> Arthur Desjardins, t. I, p. 257, n<sup>o</sup> 137 ; Demangeat sur Bravard, t. IV, p. 52 ; Laurin sur Cresp, I, p. 104.

<sup>2</sup> *D'une réforme internationale du droit maritime*, p. 16.

SAUVETAGE. — CONVENTION. — CAPITAINE. — CONSENTEMENT NON LIBRE. — ANNULATION. — Arrêt de la Chambre des requêtes du 27 avril 1887<sup>1</sup>.

Le capitaine d'un navire en détresse s'oblige parfois dans le but d'obtenir l'assistance d'un autre capitaine, à payer à celui-ci une rémunération pour l'assistance qui lui est donnée. La validité d'un pareil contrat est, en principe, incontestable. — Plusieurs législations contiennent sur le sauvetage et l'assistance maritime des dispositions spéciales. Il en est ainsi notamment du Code de commerce allemand (art. 742 à 756) qui reconnaît le droit à une indemnité de sauvetage ou d'assistance même en l'absence de tout engagement préalable. Mais les circonstances dans lesquelles cet engagement est pris font parfois que le consentement de celui qui l'a contracté, n'est pas libre. Les principes généraux du droit sur les vices du consentement conduisent à permettre aux tribunaux, sur la demande de l'obligé, d'annuler l'engagement. C'est du reste, ce qu'admet formellement le Code allemand (art. 743). Il n'est pas douteux qu'en pareil cas, les juges du fait ont un droit souverain d'appréciation. C'est ce qu'a décidé la Chambre des requêtes.

## § 2. — DROIT INDUSTRIEL.

BREVET D'INVENTION. — ACTION EN CONTREFAÇON. — ÉTRANGER. — CAUTION *judicatum solvi*. — CONVENTION INTERNATIONALE DE 1883. — Jugement du tribunal civil d'Audenarde (Belgique) du 8 avril 1887<sup>2</sup> et arrêt de la Cour de Bruxelles du 28 juillet 1887<sup>3</sup>. Jugement du tribunal de la Seine du 4 février 1888<sup>4</sup>. Jugement du tribunal civil de Bruxelles du 28 décembre 1887<sup>5</sup>.

En 1883, une importante convention a établi une union internationale pour la protection de la propriété industrielle. Les États qui l'ont conclue ou y ont adhéré sont la Belgique, le Brésil, l'Équateur, l'Espagne, les États-Unis d'Amérique, la France, la Grande-Bretagne, le Guatemala, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Serbie, la Suisse, la Tunisie. L'art. 2 de cette convention est ainsi conçu : « Les sujets ou citoyens de chacun « des États contractants jouiront, dans tous les États de l'Union,

<sup>1</sup> *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-88, p. 15.

<sup>2</sup> *Le Droit*, n° du 29 juillet 1887.

<sup>3</sup> *Le Droit*, n° du 9 octobre 1887.

<sup>4</sup> *Le Droit*, n° du 16 février 1888.

<sup>5</sup> *Le Droit*, n° du 16 février 1888.

« en ce qui concerne les brevets d'invention, les dessins ou  
 « modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce  
 « et le nom commercial, des avantages que les lois respectives  
 « accordent actuellement ou accorderont par la suite aux natio-  
 « naux. En conséquence, ils auront la même protection que  
 « ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à  
 « leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités et  
 « des conditions imposées aux nationaux par la législation inté-  
 « rieure de chaque État. »

Cette disposition a fait naître la question de savoir si l'étranger demandeur doit, quand il poursuit un Français devant le tribunal civil à raison de la contrefaçon d'une invention brevetée, fournir la caution *judicatum solvi*. La négative a été soutenue. On a fait remarquer que la Convention de 1883 a pour but de placer sur un pied complet d'égalité les nationaux et les citoyens des autres États contractants, que cette égalité n'existerait pas si ceux-ci devaient fournir la caution *judicatum solvi*. C'est en ce sens que se sont prononcés en Belgique le Tribunal civil d'Audenarde et la Cour d'appel de Bruxelles. Le Tribunal civil de la Seine et le Tribunal civil de Bruxelles ont admis, au contraire, qu'en vertu de la Convention de 1883, la dispense de fournir la caution *judicatum solvi* ne doit pas être admise. Nous adhérons pleinement à cette dernière solution, en établissant qu'en matière de propriété industrielle, les nationaux et les étrangers seraient assimilés, les auteurs de la Convention de 1883 n'ont entendu parler que de la protection accordée aux inventeurs de dessins et de modèles, aux propriétaires de marques de fabrique et de commerce. Mais on n'a nullement voulu dispenser les étrangers de remplir les formalités ou d'accomplir les obligations qui leur sont imposées par les lois générales de procédure. De ce nombre est assurément l'obligation pour l'étranger demandeur contre un national de fournir la caution *judicatum solvi*<sup>1</sup>. Du reste, tout doute sérieux est écarté par une disposition du protocole de clôture joint à la Convention et par les explications très nettes fournies sur l'art. 2 de cette Con-

<sup>1</sup> J'ai soutenu cette opinion dès 1882 en commentant le projet de convention internationale. V. *Revue de droit international*, 1882, p. 192.

vention dans les discussions qui ont eu lieu aux conférences tenues à Paris en 1880. L'art. 3 du protocole de clôture dispose : « Il est entendu que la disposition finale de l'art. 2 de la convention ne porte aucune atteinte à la législation de chacun des États contractants, en ce qui concerne la procédure suivie devant les tribunaux et la compétence de ces tribunaux. » Ce n'est pas tout, cette disposition a été insérée dans le procès-verbal de clôture à la suite d'observations très nettes faites par M. Demeur, délégué de la Belgique dans la séance du 17 novembre 1880. Voici ce qu'on lit sur ce point dans le procès-verbal : « M. Demeur dit qu'en assimilant tout ressortissant de l'Union au régnicole, on est d'accord que l'assimilation ne doit porter que sur les conditions relatives à l'acquisition et à la conservation des droits, sans qu'il soit rien changé aux formes de la procédure concernant les étrangers. Il avait émis l'avis qu'on pourrait assimiler d'une manière absolue tout ressortissant de l'Union au régnicole. La majorité de la conférence a pensé que, quant à présent, on ne peut aller jusque-là. Mais alors il faudrait énoncer cette pensée. Maintiendra-t-on la caution *judicatum solvi*, l'incompétence des tribunaux pour juger les contestations entre étrangers, etc? »

La question que nous venons d'examiner, suppose qu'il est admis qu'en matière de contrefaçon d'une invention brevetée, le demandeur en dommages-intérêts doit fournir la caution *judicatum solvi*, quand il est étranger et que le défendeur est un national. C'est un point qui ne paraît jamais avoir fait de difficulté en France. En matière civile, cette garantie est due par le demandeur étranger et la matière est bien civile puisque les tribunaux civils sont seuls déclarés compétents par la loi (L. 5 juillet 1844, art. 34) pour statuer sur les questions de dommages-intérêts pour contrefaçon d'une invention brevetée. En Belgique, la même règle de compétence existe et pourtant l'on y a soutenu et parfois admis qu'en cette matière un étranger demandeur contre un Belge n'a pas à fournir la caution *judicatum solvi*. L'argumentation produite dans ce sens est ingénieuse tout au moins et mérite assurément d'être reproduite. Pour déterminer si la caution *judicatum solvi* ne doit pas être fournie parce qu'on est en matière



commerciale, il ne faut pas dit-on, s'attacher à la nature de la juridiction saisie, mais à la nature de la contestation. Or le litige est commercial, quand un industriel breveté en poursuit un autre à raison de la contrefaçon commise par celui-ci : il s'agit d'un délit commis par un commerçant au préjudice d'un autre commerçant, l'obligation de l'auteur du délit étant née à l'occasion de son commerce est commercial<sup>1</sup>. Ce raisonnement doit être écarté. Le législateur a admis la compétence du tribunal civil, précisément parce qu'il a voulu que la contestation fut considérée comme civile<sup>2</sup>.

La solution que nous avons adoptée doit être étendue au cautionnement que l'étranger autorisé à saisir les objets contrefaits est tenu de fournir (loi française du 5 juillet 1844, art. 47). Il s'agit là encore d'une formalité de procédure dont la Convention de 1887 n'a pas voulu dispenser les étrangers. Ajoutons que, selon l'opinion générale, l'étranger doit fournir cumulativement ce cautionnement et la caution *judicatum solvi* quand il est demandeur contre un Français. Ces deux garanties ne font pas double emploi. En effet, la caution *judicatum solvi* a pour but d'assurer au Français défendeur le remboursement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, tandis que le cautionnement est destiné à lui garantir une indemnité pour le préjudice causé par la saisie mal fondée des prétendus objets contrefaits.

NOM DE LOCALITÉ FRANÇAISE. — INTRODUCTION DE MARCHANDISES EN FRANCE. — SAISIE A LA FRONTIÈRE. — CONDITIONS. — Arrêt de la Chambre criminelle du 30 avril 1887<sup>3</sup>.

L'une des dispositions de la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce qui, depuis quelques années, a le plus attiré l'attention publique, est certainement celle de l'article 19. Cet article est ainsi conçu : « Tous produits étrangers « portant soit la marque, soit le nom d'un fabricant résidant en « France, soit l'indication du nom ou du lieu d'une fabrique « française, sont prohibés à l'entrée et exclus du transit et de « l'entrepôt, et peuvent être saisis en quelque lieu que ce soit,

<sup>1</sup> Tribunal civil de Bruxelles, 2 mars 1887 ; tribunal civil de Liège, 26 mars 1887 (*Le Droit*, n° du 29 juillet 1887).

<sup>2</sup> Tribunal civil d'Anvers, 24 février 1887 (*Le Droit*, n° du 29 juillet 1887).

<sup>3</sup> *Recueil de Dalloz*, 1887. 1. 461.

« soit à la diligence de l'administration des douanes, soit à la « requête du ministère public ou de la partie lésée. »

Le but général de cette disposition n'est pas douteux. Elle tend à empêcher qu'on ne donne l'apparence de produits français à des objets fabriqués à l'étranger. En ce qui concerne spécialement les produits revêtus du nom d'une localité française, elle a pour objet la protection de l'industrie des lieux réputés en France au point de vue de la fabrication de certains produits. Les industriels ayant leurs établissements dans ces localités, ont un droit exclusif à se servir du nom de celles-ci.

Dès 1864, une question fort grave s'élevait au sujet de l'application de l'article 19 de la loi du 23 juin 1857 : l'introduction peut-elle être empêchée alors même que c'est du consentement d'un commerçant français que sa marque, son nom, le nom de la localité où il est établi, a été apposé sur des produits de fabrication étrangère ?

La Chambre criminelle a décidé, dans un arrêt du 9 avril 1864, que l'art. 19 de la loi de 1867 a visé seulement l'usurpation frauduleuse, qu'en conséquence, le consentement du fabricant fait disparaître tout délit. Par suite, le ministre du commerce, dans une circulaire du 8 juin 1864 adressée aux Chambres de commerce, leur fit savoir que l'importation et le transit pourraient être librement opérés, quand même les marchandises seraient revêtues du nom ou de la marque d'un fabricant français, par cela seul qu'un certificat spécial signé de ce fabricant constaterait que les produits ont été fabriqués sur sa demande et lui sont destinés.

Quelques protestations s'élevèrent. La Chambre de commerce d'Elbeuf notamment fit remarquer qu'avec cette jurisprudence, des fabricants d'Elbeuf pourraient faire fabriquer en pays étranger des tissus faits de matière médiocre, les revêtir de leur nom et de celui du lieu de leurs établissements et porter ainsi l'atteinte la plus grave à l'espèce de propriété collective que les fabricants ont sur le nom de leur ville.

Cependant jusqu'en 1884, les choses restèrent dans cet état. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 23 février 1884<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1884, p. 211.

parut revenir sur la jurisprudence de 1864. Il s'agissait de boutons qui, fabriqués en pays étranger, avaient été expédiés à un négociant de Paris et portaient la mention : *Paris* ou *Nouveautés de Paris*.

La Chambre criminelle admit le bien fondé de la saisie de ces produits, bien qu'ils eussent été fabriqués sur l'ordre d'un commerçant parisien. En se fondant sur cet arrêt de 1884, le Ministre du commerce et de l'industrie adressa le 16 février 1886 une nouvelle circulaire aux Chambres de commerce. Il avertit ces Chambres que dorénavant tous les produits venant de l'étranger et portant soit la marque, soit le nom d'un fabricant français, soit le nom d'une localité française, soit enfin une mention quelconque pouvant faire supposer que lesdits produits seraient de provenance française, seraient saisis conformément à l'art. 19 de la loi du 23 juin 1857.

La nouvelle circulaire ministérielle a soulevé de vives critiques. On a fait notamment remarquer que, dans l'intérêt même des consommateurs, il était utile de laisser des fabricants français faire fabriquer des produits en pays étranger, quand la fabrication s'y fait à meilleur marché. On a aussi fait valoir que le nom de la localité française est parfois destiné à indiquer le lieu de la vente, qu'il est alors une sorte de marque de commerce et qu'il n'y a aucune fraude à l'apposer sur des produits de fabrication étrangère, s'ils doivent être vendus par un commerçant français. Enfin il y a bien des localités françaises qui ne jouissent d'aucune réputation spéciale quant à la fabrication des produits dont il s'agit. On ne saurait soutenir que le fait de l'apposition du nom d'une de ces localités sur des produits fabriqués à l'étranger et introduits en France porte atteinte à l'espèce de propriété collective des fabricants sur le nom du lieu de leur établissement. Les conséquences à la fois gênantes pour la liberté du commerce et singulières auxquelles l'application rigoureuse de la circulaire ministérielle peut conduire, a provoqué la publication d'un volume entier <sup>1</sup>.

Ces critiques fort justes à nos yeux ont porté leurs fruits et dans son arrêt du 30 avril 1887, la Chambre criminelle a limité la

<sup>1</sup> *Au pays des saisies*, par Charles Degoulet (1886).

portée de l'art. 19 de la loi de 1857 dans des bornes qui nous paraissent tout à fait conformes au but de cette disposition. Dans l'espèce, le propriétaire d'un bazar de Toulouse avait introduit des boîtes de papiers à lettres et enveloppes fabriqués à Vienne (Autriche). Ces boîtes portaient sur la couverture une inscription anglaise : *Superfine cream laid imperial note paper and enveloppes* et au-dessous le nom du bazar avec le nom de la ville de Toulouse.

La Chambre criminelle a admis que l'introduction était licite. En effet, il s'agissait de l'indication du lieu d'une maison de vente, non d'un lieu de fabrication. La fabrication du papier n'est pas une industrie toulousaine et il ne pouvait pas s'agir, par suite, de protéger la réputation spéciale des fabricants de cette ville. La loi du 23 juin 1857 a été faite pour protéger les fabricants et les commerçants, non pour éviter les fraudes commises au préjudice des consommateurs. On admet même généralement que ceux-ci ne peuvent pas agir en dommages-intérêts contre les usurpateurs de marques.

D'assez nombreuses décisions judiciaires ont été rendues dans le sens du dernier arrêt de la Chambre criminelle : elles s'attachent à la fois à la question de savoir s'il y a fraude et à l'existence ou à l'absence d'une réputation spéciale de la localité pour les produits dont il s'agit <sup>1</sup>.

Nous considérons comme fort exacte la doctrine consacrée par la Cour suprême et par ces décisions, en tant qu'il s'agit de l'interprétation de la loi en vigueur. Mais nous n'entendons nullement dire qu'au point de vue législatif, elle soit à l'abri de toute critique. Il y aurait lieu de protéger le consommateur auquel avec cette doctrine on peut trop facilement faire croire que des produits de fabrication étrangère sont d'origine française. Par suite, on peut aussi trouver que l'industrie nationale n'est pas suffisamment protégée : il est à craindre qu'on n'arrive à faire passer comme français des produits fabriqués en pays étranger avec des matières de qualité secondaire

<sup>1</sup> Ces différentes décisions judiciaires sont rapportées dans les *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1886, p. 82 et suiv.

ou selon des procédés inférieurs aux procédés français. Du reste, on ne saurait dire que la jurisprudence est bien fixée. Il serait utile que des règles précises fussent posées. C'est ce qu'a essayé de faire M. Bozérian dans une proposition de loi spéciale que la commission du Sénat a fondue dans une proposition de loi générale sur les marques de fabrique et de commerce, le nom commercial, la raison de commerce et le lieu de provenance <sup>1</sup>. Cette proposition, dans son art. 23, prohibe l'introduction, alors même que les mentions indiquant le nom de la localité française pouvant faire croire que les produits ont été fabriqués sur notre territoire, ont été apposées du consentement de l'ayant-droit résidant en France. Mais il est fait une exception pour les produits revêtus en caractères apparents de la mention : *importé*. Nous ne pouvons qu'approuver cette disposition qui, par sa précision, évitera toute difficulté dans l'avenir et protégera complètement les consommateurs et notre industrie nationale. Au surplus, la disposition proposée se rapproche beaucoup d'une loi anglaise récente sur le même sujet (*The Merchandise Marks Act*) du 23 août 1887 (50 et 51 Victoria, chap. 28) <sup>2</sup>. Le consentement du fabricant ne doit pas faire disparaître le caractère illicite de l'introduction sur notre territoire, s'il y a une fraude pratiquée au préjudice des consommateurs ou si l'industrie nationale doit en éprouver un préjudice.

PROPRIÉTÉ ARTISTIQUE. — ŒUVRES MUSICALES. — AUTEUR ITALIEN. — LOI ITALIENNE. — INTRODUCTION EN FRANCE. — Arrêt de la Chambre des requêtes du 25 juillet 1887 <sup>3</sup>.

Les conventions internationales conclues par la France pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, renferment une disposition qui défend l'introduction sur le territoire français d'exemplaires d'œuvres contrefaites en pays étranger. Une semblable disposition se rencontre notamment dans la convention

<sup>1</sup> Cette proposition a été l'objet d'un rapport de M. Dietz-Monnin déposé au Sénat le 16 décembre 1887. Elle est soumise actuellement à l'examen des tribunaux et des Chambres de commerce.

<sup>2</sup> V. le commentaire de Howard Payn (Londres, 1888, *Stevens and sons*).

<sup>3</sup> *Recueil de Sirey*, 1888. 1. 17; *Journal du Palais*, 1888. 1. 24; *Recueil de Dalloz*, 1887. 1. 5.

conclue en 1862 entre la France et l'Italie et dans l'importante convention du 9 septembre 1886. établissant une union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. A ces dispositions se rattache la question suivante : *pour déterminer si les exemplaires sont contrefaits et si, par suite, l'introduction doit en être interdite sur le territoire français, faut-il considérer la loi française ou la loi du pays étranger dans lequel la reproduction a eu lieu?* On comprend l'intérêt de la question. Elle peut se poser très nettement quand l'œuvre dont il s'agit a été reproduite dans un pays dans lequel elle n'est pas protégée, tandis qu'elle jouit en France de la protection légale. En pareil cas, l'introduction est licite si l'on doit se référer à la loi étrangère ; elle est illicite si l'on doit se référer à la loi française ; car, d'après la première, les exemplaires ne sont pas contrefaits, tandis qu'ils le sont d'après la seconde.

Dans l'espèce, la difficulté se présentait dans des circonstances moins simples. Il faut, pour les bien comprendre, connaître les dispositions un peu spéciales des lois italiennes des 25 juin 1865 et 10 août 1875 coordonnées dans le décret du 19 septembre 1882<sup>1</sup> sur le droit d'auteur. En France, le droit d'auteur, à quelque époque qu'on le considère, consiste dans le droit exclusif de reproduction, de telle sorte que l'auteur lui-même pendant sa vie, ses héritiers après son décès, peuvent empêcher d'autres personnes de reproduire l'œuvre sans leur consentement. Il n'en est pas de même en Italie. L'auteur a bien en Italie, comme en France, le droit exclusif de reproduction, pendant toute sa vie, quelque temps qu'il vive après la date de la publication de son œuvre. Mais ce droit n'appartient à ses héritiers et ayants-cause que jusqu'à l'expiration de la quarantième année à partir de la date de la publication. Quand ces quarante années sont expirées (et il peut se faire qu'elles le soient du vivant de l'auteur), une nouvelle période de 40 ans commence ; durant cette période l'œuvre peut être librement reproduite par toute personne, à charge de payer aux héritiers ou aux ayants-cause de l'auteur une redevance de cinq pour cent sur le prix fort. A cet effet la loi italienne organise des déclarations à faire devant les préfets par les éditeurs.

<sup>1</sup> *Annuaire de législation étrangère de 1883*, p. 542.

Dans l'espèce sur laquelle la Cour suprême a statué, il s'agissait d'œuvres musicales de Donizetti. L'auteur avait cédé le droit de les reproduire en Italie à un éditeur italien et en France à un éditeur français. Donizetti est mort il n'y a pas encore 50 ans, (en 1848), et, par suite, en France, son éditeur a le droit exclusif de reproduction. Mais, comme il s'agissait d'œuvres publiées depuis plus de 40 ans en Italie, elles peuvent être reproduites dans ce pays par toute personne moyennant le paiement d'une redevance de 5 0/0 sur le prix fort fait à l'éditeur italien, ayant-cause de l'auteur. Cette redevance avait été payée à l'éditeur italien sur des exemplaires publiés en Italie. On avait tenté de les introduire en France et l'éditeur français prétendait qu'il y avait là une introduction d'exemplaires contrefaits, introduction interdite par les conventions conclues entre la France et l'Italie.

La Chambre des requêtes a admis que le paiement de la redevance fait en Italie avait éteint tout droit sur les exemplaires dont il s'agissait et que, par suite, l'introduction était licite en France.

Nous croyons, au contraire, que l'introduction était illicite, malgré le paiement de la redevance fait à l'éditeur d'Italie. Les motifs donnés par la Chambre des requêtes, impliquent que, pour savoir si l'introduction d'exemplaires publiés en pays étranger doit être défendue en France comme s'appliquant à des exemplaires *contrefaits*, il faut se référer à la loi du pays de la publication, dans l'espèce à la loi italienne : en Italie il n'y avait pas contrefaçon par cela même que la redevance y avait été payée à l'ayant-droit de l'auteur. Le point de départ du raisonnement est inexact. En matière de délit d'introduction d'œuvres littéraires ou artistiques, c'est la loi française qui doit être consultée. Qu'est-ce qu'a voulu protéger le législateur français dans ses lois ou dans les conventions internationales ? C'est le droit d'auteur tel qu'il est reconnu et réglementé par la loi française. N'est-il pas, par suite, naturel de se référer à cette loi pour déterminer si des exemplaires sont ou non contrefaits ?

Si l'on n'admettait pas ce système, il y aurait des cas dans lesquels les dispositions prohibitives de l'introduction resteraient sans application et ainsi le droit d'auteur serait dépourvu en France d'une protection suffisante. Qu'on suppose des exem-

plaires publiés dans un de ces pays (heureusement bien rares aujourd'hui) où le droit d'auteur n'est pas reconnu. Avec la doctrine de la Chambre des requêtes, les exemplaires publiés dans ce pays pourraient être introduits librement sur notre territoire, malgré l'article 426 de notre Code pénal. Le droit d'auteur serait ainsi en France réduit à néant; les profits pécuniaires légitimes que ce droit doit procurer à l'auteur et à ses ayants-cause, seraient ou restreints dans les limites les plus étroites ou même détruits : le territoire français serait en quelque sorte inondé par des exemplaires publiés à l'étranger sans le consentement de l'auteur.

D'ailleurs ce n'est pas seulement en matière d'œuvres littéraires et artistiques que l'introduction en France constitue un délit. C'est aussi en matière d'inventions brevetées. D'après l'article 41 de la loi du 5 juillet 1844, l'introduction en France d'objets contrefaits et semblables à ceux que le brevet garantit, est un délit assimilé à la contrefaçon. Il est hors de doute que, pour l'application de cette disposition, il faut et il suffit que les objets dont il s'agit aient été fabriqués en pays étranger sans le consentement de celui qui est breveté en France. Peu importe qu'au point de vue de la loi du pays de la fabrication il n'y ait pas contrefaçon. Ainsi l'introduction d'objets fabriqués soit dans un pays où il n'y a pas de brevet d'invention comme la Hollande, soit dans un pays où l'invention dont il s'agit n'est pas brevetée, constituerait en France un délit par cela seul que l'invention y est garantie par un brevet. On ne sait pas pour quel motif les éléments du délit d'introduction différeraient selon qu'il s'agit soit d'œuvres littéraires ou artistiques soit d'inventions brevetées. Il serait singulier et choquant que l'existence de la contrefaçon s'appréciât d'après la loi étrangère pour les œuvres littéraires et artistiques, tandis qu'elle s'apprécie certainement d'après la loi française pour les inventions brevetées.

Pour éviter toute difficulté sur la question, des conventions internationales ont pris soin de la prévoir. La convention littéraire et artistique du 19 avril 1883 conclue entre la France et l'Allemagne la résout dans le sens dans lequel nous nous sommes prononcés, au moins pour les œuvres musicales.

CH. LYON-CAEN.



## UNE LACUNE DU RÉGIME DOTAL,

Par M. H. LESPINASSE, président honoraire à la Cour d'appel de Pau.

La controverse qui s'éleva dans le Conseil d'État lorsqu'il fut question de choisir le statut matrimonial qui s'imposerait de plein droit aux époux, quant à leurs intérêts matériels, n'est pas près de finir. Le savant auteur des *Recherches de la France* avait peut-être raison de prédire, que la préférence entre le régime dotal et celui de la communauté, serait longtemps dictée par les préjugés de naissance et d'habitude. Cependant M. Troplong semble avoir tenu à démentir ce présage; car né sur les bords de la Garonne, il a formulé contre l'inaliénabilité de la dot, les critiques les plus acerbes qui aient jamais été imaginées.

Qu'on nous permette de les résumer rapidement. Le régime dotal, a dit l'éminent magistrat, sacrifie la morale publique à l'esprit de conservation; il sépare les époux au lieu de les unir; il enlève à la propriété son mouvement, son essor, sa fécondité; il la paralyse en l'amortissant. S'il donne aux intérêts de la femme quelque sécurité, il fait peser sur les tiers et sur le crédit une instabilité désastreuse. Les garanties mêmes qu'il procure à la femme sont achetées par elle au prix des plus cruels remords. Quelle contrainte, en effet, une femme consciencieuse ne doit-elle pas s'imposer, pour réclamer contre des tiers de bonne foi, des immeubles dont le prix a servi à tirer la famille de la misère, ou tout au moins, à lui procurer une existence plus agréable et les moyens de pourvoir à l'éducation des enfants.

M. Troplong lui-même nous fournit la formule qui caractérise le mieux cette argumentation; c'est *un abus de raisonnement*. Il est facile, en effet, de montrer combien ces griefs sont peu sérieux. Prétendre que les époux sont *moins unis* sous le régime dotal que sous la communauté légale, c'est évidemment un paradoxe dont l'observation la plus superficielle suffit à démontrer l'inanité.

Quant aux tiers dont le régime dotal léserait si gravement les intérêts, en foulant aux pieds les exigences de l'honnêteté la plus vulgaire, il est un principe incontesté, d'après lequel nul n'a le droit de se plaindre d'un préjudice au devant duquel il est allé de gaieté de cœur. Les tiers qui traitent avec le mari en comptant

sur la garantie que la dot de la femme pourrait leur fournir, ont dû connaître le contrat de mariage, et savoir qu'ils n'avaient rien à attendre des engagements qui seraient pris sur les biens dotaux. Si malgré cette connaissance, spéculant sur les besoins extrêmes de la famille, ils ont demandé à la femme un cautionnement que la loi lui défendait de donner, peut-on leur faire honneur d'une telle conduite? Sont-ils admissibles à rejeter sur la femme les conséquences de leurs calculs aventureux? Qu'importe après cela, qu'il puisse se rencontrer des circonstances dans lesquelles il leur aura été difficile de découvrir le contrat de mariage qui devait leur servir de règle. La prudence la plus ordinaire ne leur commandait-elle pas de s'abstenir d'un traité trop incertain?

On objecte encore contre le régime dotal, les doutes qui peuvent s'élever sur le véritable caractère du régime adopté par les époux, et sur la consistance de la dot. Mais ce sont là des difficultés qui peuvent se présenter dans tous les agissements de la vie civile, et qui n'en diminuent ni la légitimité, ni l'utilité. Comme le disaient avec raison les jurisconsultes romains, la loi ne protège que ceux qui veillent à la défense de leurs intérêts. Des fraudes sont ourdies qui tendent à compromettre ces intérêts; les tribunaux sont institués pour les déjouer; il faut leur laisser le soin de remplir cette mission et ne pas s'en prendre à la loi.

Il est vrai que le régime dotal distrait du mouvement général des affaires, des valeurs importantes; mais est-il certain que ce soit un mal? Et ne peut-on pas se consoler de cette réserve, en songeant à tant de spéculations imprudentes qui ruinent les familles, et qui ne laissent à la femme, aux enfants et au mari lui-même de quoi subsister, que grâce à ce régime contre lequel on se déchaîne avec tant de virulence?

Ajoutons enfin que ce régime n'est exclusif d'aucune modification raisonnable. Il peut être stipulé dans le contrat de mariage que les biens pourront être aliénés avec ou sans emploi, et même hypothéqués du consentement des deux époux, sans que la justice soit appelée à intervenir.

Si le emploi est exigé, les tiers peuvent n'avoir pas à s'inquiéter des avantages qu'il peut offrir.

Que reste-t-il dans tous ces cas de si onéreux soit pour la

famille, soit pour le public? Le mari perçoit les fruits de la dot et les emploie à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants; s'il y a des paraphernaux c'est encore le mari qui en jouit à moins que la femme ne s'y oppose, ce qui n'arrive à peu près jamais; la femme conserve le capital de sa dot qui servira plus tard à l'établissement des enfants; les tiers sont avertis de l'indisponibilité de cette partie de la fortune des époux; si cette inaliénabilité leur cause quelque déception, c'est qu'ils s'y sont volontairement exposés; toutes les critiques s'évanouissent donc devant un examen attentif.

Pour faire ressortir davantage les inconvénients et les dangers du régime dotal, on met, en regard la prétendue simplicité du régime de la communauté.

Ici encore on méconnaît le véritable état de l'institution, en faveur de laquelle on demande la préférence. Le régime de la communauté est si peu remarquable par sa simplicité, qu'indépendamment des règles générales que le législateur a exposées dans plus de cent articles, il comporte huit modifications principales, spécialement réglementées par la loi, sans compter toutes celles que le libre arbitre des parties peut y ajouter. C'est ainsi que le Code mentionne la société d'acquêts, l'exclusion du mobilier, l'ameublement, la séparation des dettes, la reprise de l'apport franc et quitte, le préciput, le partage inégal, et enfin la communauté à titre universel.

Dans la communauté ordinaire même, combien de difficultés s'élèvent fréquemment sur la renonciation de la femme, sur le calcul des apports, les emplois, les récompenses, les prélèvements, et en somme qui peut douter que la liquidation et le partage de la communauté ne soulèvent des questions bien autrement nombreuses et difficiles, que la restitution de la dot?

Il est cependant un des reproches que l'on adresse au régime dotal qui nous semble devoir être pris en considération; c'est l'attribution au mari seul, de tous les fruits mis en réserve pendant le mariage.

Nous ne croyons pas que la privation ainsi imposée à la femme, diminue son dévouement aux intérêts de la famille; ce dévouement est inspiré par des motifs bien supérieurs au mobile de l'in-

térêt personnel. Mais il n'est pas moins vrai que cette exclusion des bénéfiques auxquels la femme a pu concourir très efficacement, ne fût-ce que par la sagesse de son administration, la modération de ses goûts, et l'abstention constante des dépenses inutiles, constitue une méconnaissance de ce qui devrait lui revenir des profits communs, et que la société d'acquêts devrait être appelée habituellement, à compléter ou à corriger si l'on veut, le régime dotal. Mais avec cette modification, nous estimons que ce régime, est le plus conforme à l'ordre qui doit régner dans la famille, et à la subordination nécessaire de tous ses membres, à celui qui doit en être le chef.

Ce tempérament admis, aurions-nous à regretter encore, comme on le prétend, les aggravations que la Cour suprême aurait ajoutées au statut matrimonial que nous avaient transmis le droit romain et notre ancienne jurisprudence, notamment en ce qui touche la dot mobilière ?

Il est vrai que la loi *Julia* ne s'appliquait expressément qu'aux immeubles dotaux. Mais la dot mobilière était garantie non seulement par le sénatus-consulte Velléien et par une hypothèque privilégiée qui primait même les créanciers antérieurs au mariage ; mais la femme pouvait de plus, en cas de dissipation de sa dot, réclamer la donation pour *cause de noces*, que son mari avait dû lui constituer, et qui devait être égale à la dot.

Dans notre ancien droit, la jurisprudence était également fixée dans ce sens, que la femme avait le droit de revendiquer avant tous les créanciers du mari, les effets mobiliers qu'elle avait apportés en dot, ou qui lui étaient échus pendant le mariage, sans que l'on pût imputer sur leur valeur, les dettes qu'elle aurait contractées durant l'union conjugale (Voir Henrys, tome II, page 777 Brodeau sur Louet, lettre 2, chapitre 12 et Duperrier, livre 2, question 3).

La Cour de cassation n'a donc pas aggravé la rigueur du régime dotal, en étendant l'inaliénabilité à la dot mobilière. Elle l'a au contraire notablement adouci, par des concessions que le droit romain aurait inexorablement repoussées ; car il considérait l'inaliénabilité absolue de la dot comme un *principe d'ordre public*.

Est-ce à dire que ce statut matrimonial tel qu'il est établi par

notre Code ne comporte aucune modification? Tel n'est pas notre avis, et nous avons précisément à signaler une disposition qui devrait, selon nous, être entièrement refondue en vue d'un intérêt des plus importants; nous voulons parler des art. 1555 et 1556 du Code civil.

Une longue controverse a existé dans la jurisprudence sur le point de savoir s'il était permis de stipuler, dans un contrat de mariage soumis au régime dotal, que les immeubles dotaux pourraient être hypothéqués. La Cour de cassation, se fondant sur les termes mêmes de la loi, qui prohibe dans l'art. 1554 soit l'*aliénation*, soit l'*hypothèque* du fonds dotal, et qui n'autorise dans l'art. 1557, que la stipulation d'*aliéner* et non celle d'*hypothéquer*, en avait induit, que cette dernière réserve n'était pas permise, et il faut convenir qu'au point de vue logique la conséquence était irréfragable.

Vainement on disait que l'art. 1554 en prohibant l'aliénation et l'hypothèque, annonçait qu'il serait dérogé à cette défense dans les articles suivants, et que par conséquent la dérogation exprimée dans l'art. 1557 devait s'appliquer aux deux sortes de prohibition. C'était une pure équivoque; l'art. 1554 annonçait, il est vrai, des exceptions à l'interdiction qu'il formulait, mais il n'expliquait pas si elles porteraient sur les deux prohibitions ou sur une seule, et par conséquent il suffisait qu'elles en atteignissent une pour que l'annonce fût réalisée.

Jusque-là rien n'obligeait donc à sous-entendre dans l'article 1557 une faculté qui ne s'y trouvait pas exprimée. Mais on s'aperçut bientôt, que cette entente restrictive ne s'accorderait pas avec la pensée qui avait dicté l'art. 1558.

Dans le cas prévu par cet article, les tribunaux étaient appelés à contrôler l'aliénation, et toutes les mesures étaient prises pour qu'elle n'eût lieu que dans des cas d'une nécessité véritable et pour qu'elle fût entourée de toutes les formes propres à en assurer la sincérité. Or il parut étrange que, malgré toutes ces précautions, les juges ne pussent pas décider qu'une hypothèque fournie par la femme sur sa dot sauvegarderait mieux les intérêts de la famille qu'une aliénation; on fut donc amené à interpréter le mot *aliéner* qui se trouve seul dans l'art. 1558 comme

s'appliquant à toute espèce d'*engagements* de nature à procurer à la famille, aux dépens de la dot, des ressources reconnues indispensables.

Cette signification du mot *aliéner* ainsi admise dans l'art. 1558, on ne pouvait plus se dispenser de la reconnaître exacte dans l'art. 1557, et dès lors la jurisprudence valida sans dissentiment, la légalité de la clause d'hypothéquer la dot, comme celle de l'*aliéner*.

Il resta seulement de la première doctrine de la Cour suprême, cette précision, que la réserve d'*hypothéquer* n'était pas implicitement contenue dans celle d'*aliéner*, et qu'elle devait être stipulée expressément.

Dans les art. 1555 et 1556, le législateur s'est servi d'une expression différente de celle qu'il avait employée dans l'article 1554; il autorise la femme à *donner* sa dot pour l'établissement de ses enfants. Ce mot *donner*, n'étant modifié par aucun autre terme, a paru devoir s'appliquer à tous les agissements, au moyen desquels la femme ferait servir sa dot à l'établissement de l'un de ses enfants, et par conséquent à un cautionnement, à une affectation hypothécaire, à une renonciation à son hypothèque légale, aussi bien qu'à un dépouillement immédiat et à une transmission directe de la propriété.

M. Troplong, rapporteur d'un arrêt de 1845 (Sirey. 45. 1. 256), fit ressortir avec d'autant plus de soin cette différence, qu'elle était conforme au peu de faveur qu'il accorde en général à l'inaliénabilité de la dot. Ce point est désormais acquis, et nulle dissidence ne peut s'élever à ce sujet. Mais voici la conséquence qui en découle. Le don de la dot autorisé par les art. 1555 et 1556 n'est soumis à aucune limite, de telle sorte que rien n'empêcherait la mère, agissant de concert avec son mari, de faire passer toute sa fortune, sur la tête d'un seul de ses enfants. Le donataire pourrait vendre les immeubles reçus, mal gérer ses affaires et au décès de la donatrice, se trouver entièrement insolvable.

Toutes les précautions prises par le législateur, dans un si grand nombre de dispositions, pour sauvegarder les droits des autres enfants, se trouveraient ainsi éludées.

Dirait-on que l'art. 930 du Code civil a paré ce danger, en

permettant aux légitimaires d'exercer leurs recours, contre les tiers acquéreurs des immeubles, qui auraient été l'objet d'une libéralité excessive ? Ce serait une erreur. Le recours contre les tiers n'est jamais permis, quand il s'agit de libéralités excessives portant sur la dot de la mère, si elles ont été faites en faveur de l'établissement de l'un de ses enfants.

Soit que la mère ait donné directement ses immeubles dotaux, et que le donataire les ait revendus, soit qu'elle les ait aliénés elle-même pour en donner le prix à son enfant, soit qu'elle ait consenti un cautionnement ou une hypothèque qui ait abouti à une expropriation, les tiers acquéreurs n'ont aucun recours à redouter de la part des réservataires, et l'enfant avantagé reste seul tenu de répondre à leur action en rapport et en réduction.

L'art. 930 s'applique uniquement aux libéralités ordinaires, faites en dehors d'une protection spéciale édictée par la loi. Un père, une mère donnent leurs biens à l'un de leurs enfants. Ces libéralités inattaquables pendant leur vie, peuvent, sans aucun doute, être réduites à l'ouverture de leurs successions, si elles excèdent la quotité disponible. C'est alors que l'art. 930 vient en aide aux légitimaires lésés, et que si la discussion des ressources restantes à l'enfant avantagé, ne les fait pas rentrer dans l'intégralité de leurs droits, ils peuvent exercer leur recours contre les tiers, qui auraient acquis du donataire les immeubles, objet de la libéralité.

Mais il n'en est plus de même, lorsque le don a été autorisé par une disposition particulière de la loi, comme dans les art. 1555 et 1556. Le don constitue en ce cas un *emploi* non moins légitime que celui qui aurait été stipulé dans le contrat de mariage de la mère. Les tiers ne sont plus responsables du préjudice que ce don peut occasionner aux réservataires. La seule chose qu'ils aient à prouver, c'est que la libéralité a eu réellement pour but l'établissement d'un enfant de la femme dotale.

MM. Aubry et Rau s'expriment sur ce point de la manière suivante : « Si les biens dotaux ont été vendus, ou s'ils ont été « hypothéqués pour la garantie du remboursement des sommes « fournies par des tiers, la complète efficacité de la vente ou de « l'hypothèque ne saurait être contestée, sous prétexte d'atteinte

« portée à la réserve des autres enfants. Les tiers acquéreurs ou  
 « les créanciers ne pourraient être recherchés, que si le prix de  
 « vente ou les fonds empruntés n'avaient pas reçu l'emploi en  
 « vue duquel les art. 1555 et 1556 autorisent la vente ou l'affec-  
 « tation hypothécaire. Hors de cette hypothèse, les cohéritiers de  
 « l'enfant avantagé n'ont qu'une action *personnelle en rapport*  
 « ou *en réduction à exercer contre ce dernier.* »

Le continuateur de Sirey confirme cette doctrine en ces termes : « Il est constant que lorsque la femme dotale a été auto-  
 « risée à s'obliger pour une cause, et dans un but déterminé, les  
 « tiers de bonne foi qui ne peuvent suivre l'emploi des deniers,  
 « sont à l'abri de tout recours, bien que l'emploi n'ait pas réussi. »

C'est aussi ce que la Cour de Grenoble a expressément jugé dans un arrêt que Sirey rapporte (année 1852, 2<sup>me</sup> partie, page 395), ainsi conçu : « Attendu que les tiers débiteurs de deniers  
 « dotaux donnés par la mère pour l'établissement de l'un de ses  
 « enfants ne peuvent pas subordonner le paiement qui leur est  
 « demandé par l'enfant avantagé à un bail de caution pour le cas  
 « où la somme donnée excéderait la réserve et la quotité dispo-  
 « nible ; que les débiteurs d'une somme dotale assujettie au  
 « remploi sont parfaitement libérés en payant l'enfant donataire,  
 « pourvu que la donation ait eu pour cause un établissement, le  
 « don étant dans ce cas un placement parfaitement légitime. »

Enfin la Cour de Nîmes (Sirey, 60. 2. 342) apprécie comme il suit la portée des art. 1555 et 1556 : « Attendu qu'en accordant à  
 « la mère le droit de donner ses biens dotaux pour l'établissement  
 « de ses enfants, le législateur a légitimé tous les modes d'engage-  
 « ment directs ou indirects de nature à faciliter l'accomplissement  
 « de l'un des devoirs les plus respectables de l'affection mater-  
 « nelle. »

Toutes ces propositions étaient d'ailleurs implicitement conte-  
 nues dans l'arrêt de la Cour suprême de 1845 dans lequel on lit  
 ce considérant « que le pouvoir de donner conféré à la femme par  
 « l'art. 1556 sans aucune intervention du juge, peut s'exercer par  
 « tous les moyens directs ou indirects de nature à procurer ou à  
 « faciliter un but aussi pieux que celui dont il s'agit. »

Il est évident que si les tiers qui prêteraient leur fonds pour



doter l'enfant avantagé ou qui achèteraient l'immeuble donné directement à cet enfant par sa mère, en vue d'un établissement, pouvaient être recherchés par les réservataires, pour cause d'exagération de la libéralité, l'art. 1556 ne serait autre chose qu'un piège tendu à leur bonne foi, vu l'impossibilité où il se trouveraient, au moment où ils traiteraient avec l'enfant avantagé, d'apprécier si la réserve des autres enfants pourrait en souffrir quelque atteinte.

Il est donc certain que cette absence de limite, pour le don permis à la femme dotale, dans le cas prévu par les art. 1555 et 1556, fait courir un risque sérieux à la réserve des autres enfants.

On allègue pour justifier cette disposition l'affection présumée de la mère pour tous ses enfants.

Mais cette présomption existe dans tous les cas, et pour toutes les donations que des pères et mères peuvent faire à quelqu'un de leurs enfants et si elle était suffisante, pour assurer une certaine égalité dans le partage de leurs biens, pourquoi le législateur aurait-il pris tant de soin de déterminer une quotité au-delà de laquelle toute libéralité serait réductible ?

Il y a donc une lacune à ce point de vue dans les articles que nous examinons.

Les tribunaux en ont été frappés et ont cherché les moyens de la combler.

Dans un arrêt de 1833, la Cour de Grenoble s'exprimait ainsi :  
 « Attendu que sous l'ancien droit comme sous le droit nouveau la  
 « femme mariée sous le régime dotal ne peut aliéner ses biens pour  
 « l'établissement de ses enfants, que si l'enfant qui est l'objet de  
 « cette libéralité se trouve dans une position qui assure aux autres  
 « enfants la conservation de cette même dot, laquelle ne doit être  
 « qu'un avancement d'hoirie ; attendu que dans la cause l'aliéna-  
 « tion dont il s'agit pourrait être en pure perte pour la famille. »

« Réforme le jugement qui avait autorisé la donation même  
 « pour un établissement. »

Mais ce système était trop contraire aux termes et à l'esprit de la loi pour être accueilli par la jurisprudence.

La Cour de Rouen (Sirey, 52. 4. 395) le réfutait en ces termes :  
 « Considérant que l'art. 1556 n'impose aucune limite à la faculté

« qu'à la femme mariée sous le régime dotal, de donner ses biens  
 « pour l'établissement de ses enfants; que la loi s'en rapporte dans  
 « ce cas, à l'affection et à la prudence des parents; que vouloir  
 « fixer une part d'enfant et une quotité disponible avant le décès  
 « de la mère, ce serait se jeter dans de pures hypothèses, et faire  
 « des calculs qui, vrais aujourd'hui, pourraient ne pas l'être de-  
 « main; que ce serait ajouter à la loi; que *sans doute il peut ré-*  
 « *sulter dans certains cas des inconvénients de cette faculté de*  
 « *donner sans limite*, accordée par l'art. 1556, mais que les magis-  
 « trats n'ont pas à s'en préoccuper; que la seule chose exigée,  
 « c'est que la donation ait eu réellement pour but l'établissement  
 « d'un enfant; qu'il importe peu que cet établissement n'ait pas  
 « réussi; que si l'on exigeait cette condition, la mère dotale ne  
 « trouverait jamais de prêteurs. »

Ainsi la lacune que nous signalons existe réellement; elle est constatée par les tribunaux; elle peut avoir de *graves inconvénients*; serait-il possible de la combler?

La chose n'est pas seulement possible, elle est d'une extrême facilité. Notre ancien droit y avait pourvu avec une sagesse parfaite.

La coutume d'Auvergne (chapitre XIV, art. 6) avait fixé au quart des biens dotaux le maximum des dons que la femme dotale pouvait faire à ses enfants pour leur établissement.

La coutume de la Marche (art. 401) avait étendu cette faculté jusqu'à la moitié de la dot.

Dans les pays de droit écrit, les tribunaux pouvaient être appelés à constater si les donations faites par la femme dotale à ses enfants, pour leur établissement, étaient en rapport avec les ressources et la situation de la famille. (Toulouse, Sirey. 27. 2. 246).

C'est l'un ou l'autre de ces deux moyens que nous proposons ou plutôt la combinaison des deux. Fixer par une disposition de la loi, la plus forte quotité de la dot dont la mère pourrait disposer pour l'établissement de ses enfants, et donner mission aux tribunaux, de déterminer dans ces limites ce qu'il serait convenable d'autoriser, suivant les circonstances de chaque affaire, — telle serait la modification qu'il nous semblerait nécessaire d'introduire dans les deux articles que nous venons de discuter.

H. LESPINASSE.

DE LA NATURE DE LA PERSONNALITÉ CIVILE  
DES SYNDICATS PROFESSIONNELS,

(Fin <sup>1</sup>).

Par M. SAUZET, agrégé près la Faculté de droit de Lyon.

III

*Sommaire* : — 50. Application du *critérium* proposé aux syndicats professionnels. — 51. Doctrine contraire : les syndicats assimilés aux sociétés privées. — 52. Inconvénients pratiques de cette solution, efforts pour les éviter. — 53-55. Détermination du but [poursuivi par les syndicats professionnels. — 56. Leur but les range parmi les P. M. *publiques*. — 57. La tradition. — 58. Les travaux préparatoires. — 59. La Loi. — 60. L'art. 7, 1<sup>er</sup> al. — 61. Sort du fonds syndical au cas de dissolution. — 62. L'art. 7, 2<sup>e</sup> al. — 63-64. Si l'art. 8 écarte l'application de l'art. 910, C. civ., aux syndicats. — 65. Situation favorisée des syndicats. — 66. Liberté des statuts syndicaux, ses limites. — 67. Alternative pour les organisateurs d'un syndicat. — 68. La Loi doit-elle être réformée, au point de vue juridique? — 69-70. Inconvénients de la personnalité civile imposée aux syndicats. L'Association libre et l'Etat souverain.

50. Nous pouvons maintenant revenir aux syndicats professionnels. Le renvoi au droit commun que les auteurs de la loi du 21 mars 1884 acceptaient unanimement (n° 16 in f.), pour régler la question des droits des syndiqués sur le fonds syndical, aux cas de démission, d'exclusion et, nous ajoutons, de dissolution, — la controverse (n° 10) sur l'application aux syndicats de l'art. 910, C. civ.,... s'expliquent et se ramènent à ceci : les syndicats professionnels sont-ils des P. M. *publiques*, ou *privées* ?

Si ce sont des P. M. *publiques*, le droit commun est : 1° que les membres ne peuvent réclamer aucune part du fonds syndical dans les cas de dissolution, démission ou exclusion; 2° que les libéralités faites aux syndicats ne peuvent avoir d'effet qu'autant qu'elles sont autorisées par les Pouvoirs publics.

Si ce sont des P. M. *privées*, au contraire, le droit commun est : 1° que les syndiqués ont droit à une part de l'actif toutes les fois qu'ils quittent le syndicat ou que le syndicat se dissout; 2° que l'art. 910, C. civ., est inapplicable, mais que les libéralités faites au syndicat doivent être considérées comme s'adressant à tous les syndiqués.

<sup>1</sup> Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888, page 296.

Dès lors, nous n'avons qu'à tenter d'appliquer aux syndicats professionnels le *criterium* que nous avons précisé, en nous efforçant de le justifier.

Il nous avait toujours paru que le but des membres d'un syndicat, s'il n'était pas exclusivement d'intérêt général, s'il était fortement mélangé, en quelque sorte, du souci de l'utilité personnelle, privée des adhérents, devait néanmoins faire ranger les syndicats parmi les P. M. *publiques*<sup>1</sup>. Pour être intéressée, en effet, et, pour ainsi dire, égoïste, la fin que se proposent les syndiqués n'est pas un gain, le lucre; s'ils songent à améliorer leur situation, du moins il ne s'affilient pas dans la pensée de réaliser des bénéfices sur leurs cotisations, de spéculer avec elles, d'en faire le placement. C'est bien là le signe caractéristique qui nous a permis de marquer la différence entre les P. M. *publiques* et les P. M. *privées*.

51. Nous avons été confirmé dans cette appréciation première du rôle vrai des syndicats, par l'ouvrage le plus récent sur la matière<sup>2</sup>.

L'auteur aboutit cependant à des conclusions diamétralement opposées aux nôtres; il admet (p. 91), nous l'avons dit (n° 21) que les syndicats appartiennent « incontestablement » à la catégorie des P. M. *privées* et place cette opinion sous le patronage de la haute autorité de M. le président Sénart; — il déclare, par

<sup>1</sup> Le trib. civil d'Evreux [21 octobre 1887, *Moniteur judiciaire de Lyon* du 21 février 1888] a déclaré non-recevable l'action intentée, au nom d'un prétendu syndicat agricole, par son président, à l'effet d'obtenir réparation des dommages causés (par les lapins de la forêt de Pacy) à plusieurs des propriétaires syndiqués. Nous relevons le motif principal : « Attendu, en droit, que si les syndicats professionnels ont, aux termes de l'art. 6 de la loi 21 mars 1884, le droit d'ester en justice, c'est à la double condition : 1° que les syndicats aient tout d'abord été constitués (art. 3) *en vue d'un intérêt général de la profession*, ce qui n'est pas le cas du syndicat actuel, formé en vue de la défense d'intérêts agricoles purement privés et individuels, 2° que les actions exercées par les syndicats aient pour objet elles-mêmes un intérêt général et collectif et non les intérêts particuliers des membres syndiqués. »

<sup>2</sup> C'est le *Manuel des syndicats professionnels agricoles* (cité au n° 2) de M. Boullaire, ancien magistrat. Nous devons dire que nous n'avons eu l'occasion d'étudier cet excellent livre que lorsque notre travail était déjà fort avancé et notre conviction formée; il ne l'a point affaiblie.

suite (p. 99), que « les syndicats ne rentrent à aucun titre dans « les termes de l'art. 910, C. civ. » ; — il affirme (p. 121) que, au cas de dissolution, « l'être moral et collectif qui formait le « syndicat cessant d'exister, les membres actifs de la dernière « heure se partagent par tête le patrimoine syndical, sans dis- « tinction pour le temps plus ou moins long qu'ils auront passé « dans l'association et pendant lequel ils auront payé leurs coti- « sations ; » solution d'autant moins équivoque que l'auteur ne s'en dissimule pas les périls ; à la page précédente (119-120), il nous montre qu' « une majorité peu scrupuleuse pourrait être « tentée de rechercher une occasion de gain dans la dissolution « et dans le partage de l'actif social <sup>1</sup>. »

Aussi est-t-il insisté, à plusieurs reprises, sur les ressemblances entre les syndicats et les sociétés *privées* (p. 95). « Les syndicats « sont assimilables surtout aux sociétés civiles et commerciales. « Ils sont préposés, comme elles, à des *intérêts privés*, ils ont, « comme elles, une existence indépendante et libre, et ils jouissent « *des mêmes facultés que les personnes réelles* <sup>2</sup>. » (p. 95) « Les « syndicats ne sont ni des établissements publics..., ni des éta- « blissements d'utilité publique... ce sont des *sociétés privées*, « que la loi a pleinement émancipées, qui n'ont conservé aucune « attache administrative <sup>3</sup>, et qui, pas plus que les sociétés « civiles ou commerciales, ne tombent sous l'application de « l'art. 910. »

<sup>1</sup> A rapprocher de la préoccupation du législateur, dans les sociétés de secours mutuels, soit en 1849 (n° 37), soit en 1886 (n° 38 *inf.*).

<sup>2</sup> Cette affirmation implique, en matière de libéralités, négation ou oubli de la théorie de M. Labbé (n° 47).

<sup>3</sup> Nous n'avons pas cru devoir insister sur la réfutation de l'idée à laquelle M. Boullaire semble s'attacher à plusieurs reprises (Cf. p. 91), que les P. M. *publiques* seraient « soumises à la tutelle administrative », et que les syndicats, y échappant, pour les actes les plus graves (ester en justice, acquérir certains immeubles à titres onéreux), doivent dès lors être considérés comme des P. M. *privées*. Il suffit de remarquer qu'un très grand nombre d'établissements d'utilité publique, P. M. *publiques* de l'avis unanime, ne sont point soumis, pour cela, à ce que l'on est convenu d'appeler la *tutelle administrative* proprement dite; l'art. 910, C. civ., leur est néanmoins applicable et leur patrimoine constitue bien un patrimoine de mainmorte.

52. Nous ne croyons pas qu'il fût possible de rencontrer une contradiction plus formelle et plus complète à toutes les solutions pratiques découlant de l'idée que les syndicats sont des P. M. *publiques*, et à cette idée première elle-même.

Trouver formulées sous une plume autorisée, les objections que nous avons dû, trop souvent jusque-là, nous forger à nous-même, était déjà une surprise intéressante; le chapitre VI du volume, nous en réservait une plus grande. Nulle part nous n'avons vu aussi finement analysés, aussi profondément scrutés et mis à jour les mobiles qui *doivent* inspirer l'organisation d'un syndicat; jamais, à notre connaissance, on n'a mieux montré le *but* des syndicats, but *nécessaire*, c'est-à-dire celui à la poursuite duquel ils doivent se vouer exclusivement, sous peine de changer de nature, de cesser d'être des syndicats.

Or, à cesser d'être des syndicats, il y a, selon l'auteur, des dangers pratiques considérables, surtout au point de vue fiscal <sup>1</sup>. Et c'est par là que M. Boullaire, après avoir, dans les questions de pur droit civil, assimilé les syndicats aux sociétés privées, est conduit à les en distinguer; il veut épargner, à leurs débuts souvent difficiles, certains impôts, peut-être même tous les impôts,

Nous ne recherchons point s'il y a là une contradiction réelle ou simplement apparente, nous n'avons pas à faire ici œuvre de critique; mais nous devons expliquer comment nous avons pu songer à invoquer à l'appui de notre thèse le témoignage d'un auteur qui la repousse absolument, dans son principe et dans ses conséquences.

53. Dans un but différent du nôtre, M. Boullaire est conduit à distinguer les syndicats professionnels des sociétés de commerce; comment le fait-il ?

Nos citations ne sauraient être trop complètes sur ce point :

- Un syndicat professionnel qui se constituerait dans le but de faire le
- commerce, *d'obtenir des bénéfices et d'enrichir ses adhérents*, ou
- qui, sans écrire cette intention dans ses statuts, dirigerait dans ce sens
- l'ensemble de ses opérations, serait en réalité une société commerciale,
- qui se serait constituée au mépris de la loi et qui aurait essayé de profi-
- ter subrepticement des faveurs spéciales réservées aux syndicats pro-
- fessionnels.

<sup>1</sup> Étudié par M. Boullaire chap. X, p. 243-250.

« Une telle association violerait évidemment la loi du 24 juillet 1867 et ses administrateurs tomberaient sous le coup des pénalités sévères qu'elle a édictées (p. 123).....

« Le commerce ne doit pas être le but et l'objet de l'association. Il ne faut pas que le syndicat se soit formé dans une pensée de lucre et de bénéfice et qu'il tende à enrichir ses adhérents.

« Ce rôle ne convient qu'aux sociétés civiles et commerciales et la loi leur a assigné des règles particulières, qui sont toutes différentes de celles qu'elle a édictées pour les syndicats professionnels.

« Ces sociétés doivent se soumettre, pour leur formation, à diverses prescriptions du C. civ., du C. comm., et notamment de la loi 24 juillet 1867. La constitution de leur capital, leur mode d'administration, la responsabilité de leurs directeurs y sont définis et réglés avec soin, et les prescriptions de ces lois ne sauraient être éludées impunément.

« Dans une conférence faite au concours régional de Rennes, le 14 mai 1887, M. Welche, ancien ministre, président du syndicat central des agriculteurs de France, a fort nettement établi la différence qui sépare les syndicats des sociétés commerciales: « Les opérations faites par les syndicats ressemblent fort aux opérations commerciales; il ne faut pourtant pas les confondre. Ce qui pour moi caractérise la société syndicale, c'est que celle-ci doit par ses opérations procurer des avantages à ses syndiqués; la société commerciale, au contraire, a pour objet de procurer des avantages pécuniaires à ses associés. Elle a pour but de créer des dividendes, et le syndicat ne peut que prélever les frais nécessaires à son administration, à sa gestion, à l'entretien des institutions que la loi lui permet de créer, bibliothèques, cours d'instruction professionnelle, etc. Franchir cette limite, ce serait spéculer sur la différence entre le prix d'achat et de revente des marchandises dont il use... ce serait s'exposer à... sortir de la loi de 1884 pour tomber sous le coup de la loi qui régit les sociétés commerciales. »

### M. Boullaire approuve et conclut :

« En un mot les syndicats ne doivent pas verser dans la société commerciale ni même faire de pures spéculations. » (p. 125-127).

### 54. Un peu plus loin la distinction se précise (p. 129-131):

« Les syndicats ont en vue l'intérêt général d'une profession. Ils ne cherchent pas à procurer des bénéfices à leurs adhérents <sup>1</sup>.

« Cette pensée, qu'il ne faut jamais perdre de vue, a des conséquences importantes.....

<sup>1</sup> Cf. p. 247 « Les syndicats ne poursuivent pas une pensée de lucre; ils ne veulent ni ne peuvent en aucune façon enrichir leurs membres. »

« Dans les sociétés commerciales, les associés *participent aux bénéfices* et ont un droit éventuel à une portion en nature du fonds social au moment de la dissolution. Ce droit est représenté par l'action ou l'intérêt.

« Dans les syndicats professionnels, qui *n'ont pas le droit de rechercher des bénéfices*, le capital social ne peut être divisé en actions ou parts d'intérêt.

« Chaque adhérent paie une cotisation *qui ne peut lui donner droit*, tant que le syndicat subsiste, à aucun bénéfice, ni à aucun partage de dividendes. Cette cotisation... n'est pas un apport et ne peut devenir entre les mains de l'associé un titre cessible ou transmissible aux héritiers comme l'action proprement dite (Cf. n° 36). »

55. Dans cette voie M. Boullaire, comme nous (n° 37), était amené à parler des droits des syndiqués, au cas de dissolution.

Aux associés,

qui, 1° participent aux bénéfices,

dont, 2° le droit est transmissible

et qui, 3° ont un droit « à une portion en nature du fonds social »,

il vient d'opposer les syndiqués,

qui, 1° ne peuvent prétendre à aucun bénéfice,

dont, 2° le droit est essentiellement personnel;

ne sera-t-il pas conduit à reconnaître que, 3° ils sont sans droit sur le fonds social?

Ce serait condamner à la p. 131 l'affirmation contraire de la p. 121 et M. Boullaire ne se contredit point ainsi; il échappera donc à cette troisième différence que la logique devait pousser au bout de sa plume, et l'explication mérite d'être retenue :

« Cependant, quant le syndicat est dissous, il peut y avoir lieu à partage du patrimoine social entre les membres du syndicat, *qui retirent, ce jour-là, un bénéfice pécuniaire de l'association.*

« Mais ce droit, *qui ne prend naissance qu'au jour où l'association a cessé d'exister*, n'a, en aucune façon, le caractère d'un gain commercial; *il est inhérent au fait que*, nul bien n'étant réputé sans maître, *il faut bien attribuer aux derniers membres du syndicat, et par tête, le patrimoine que l'association défailante*<sup>1</sup> ne peut plus posséder. »

<sup>1</sup> Donc cette apparition des droits des syndiqués sur le fonds syndical ne se produirait pas dans les cas de démission ou d'exclusion; il n'y a pas alors *défaillance de l'association*. Sur ce point M. Boullaire ne s'est pas prononcé expressément. croyons-nous, dans son ouvrage même. Mais l'art. 9 des statuts-modèles [p. 279] porte : Le membre démissionnaire ou exclu *ne conserve* (?) aucun droit sur le patrimoine syndical. —



Il semble même que le juriste ait été choqué de ce résultat auquel la *nécessité du fait*, seule, semble le conduire, car il nous prévient aussitôt qu'on en viendra rarement à cette extrémité.

« Cette répartition ne se fait *même que* dans le silence des statuts, « car la plupart des syndicats professionnels, prévoyant le cas d'une dissolution, insèrent dans leurs statuts une clause aux termes de laquelle « le fonds social est, à la fin de la société, *attribué à des associations poursuivant le même but.* »

A la p. 124, déjà, au sujet de la liquidation de l'actif syndical, l'auteur avait exprimé le désir que les statuts, en prévision de cette opération, réglassent d'avance l'affectation à donner au patrimoine social ;

« A l'imitation de ce qui a lieu aux termes de la loi pour les sociétés « de secours mutuels (Cf. n° 37), la plupart des statuts décident que le « fonds social du syndicat en liquidation sera attribué à des sociétés de « même nature poursuivant le même but. »

Et l'art. 28 des statuts-modèles annexés à l'ouvrage porte : « L'actif net sera appliqué à des œuvres d'utilité agricole. »

56. On peut voir maintenant quelle arme, pour défendre notre thèse, nous prétendons emprunter à son adversaire le plus déclaré : c'est cette lumineuse indication du but que doivent poursuivre les syndicats, but dont il ne leur est pas possible de s'écarter « sans verser dans la société commerciale », sans perdre leur qualité et leur nom juridique. (Cf. n° 41 *in f.*)

Si le *critérium*, sur lequel nous avons essayé de fonder la distinction entre les P. M. *publiques* et les P. M. *privées* est exact, son application doit se faire, désormais, sans difficulté aux syndicats professionnels. Elle les range au nombre des P. M. *publiques*, à côté de ces sociétés de secours mutuels *approuvées* ou *reconnues* auxquelles M. Boullaire voudrait que les statuts syndicaux empruntent toujours le règlement de leur liquidation

Admettre la validité d'une clause pareille, contraire, pensons-nous (Cf. n° 44, note 1) au droit commun des sociétés, est une différence entre les syndicats et les sociétés qui méritait d'être signalée et qui ne nous semble pas explicable autrement que par le caractère de P. M. *publique* du syndicat.

éventuelle, c'est-à-dire le caractère propre de leur patrimoine de mainmorte<sup>1</sup>.

C'est donc que leur personnalité civile n'est pas celle des sociétés civiles ou commerciales, c'est celle des *gens de mainmorte*, y a-t-il lieu d'en être surpris ?

57. Historiquement, nos syndicats actuels dérivent des corps de métiers de l'ancienne France. Non pas que nous voulions confondre deux institutions, entre lesquelles la proclamation du principe de la liberté du travail [D. 2-17 mars 1791, art. 7] a creusé un abîme<sup>2</sup>; mais si nos syndicats n'ont plus le monopole de la profession, ils se proposent néanmoins un but identique à celui des corps de métiers, la défense des intérêts professionnels. « Ils « sont appelés, dit M. Boullaire (p. 69), non seulement à servir « des intérêts particuliers, mais à développer les intérêts généraux de chaque profession<sup>3</sup>. » Dans cette voie, ils n'ont plus le secours des *privileges anciens* abolis; voilà tout. — Si l'identité du but crée, comme nous le pensons, l'identité dans la nature

<sup>1</sup> M. Boullaire (n<sup>os</sup> 244-246) n'a pas même voulu supposer que c'était par là que les syndicats, pour les immeubles qu'ils peuvent exceptionnellement posséder, tomberaient sous le coup de la *taxe des biens de mainmorte* (loi 20 février 1849, art. 1<sup>er</sup>). Il s'est préoccupé seulement de la leur éviter en tant qu'ils seraient considérés comme des *sociétés anonymes*, et, sur ce point, nous nous rangeons à son opinion. Mais, pour admettre qu'ils échappent à la taxe, nous attendrons qu'on ait démontré qu'ils ne sont pas compris dans le « tous établissements publics légalement autorisés, » qu'on a heureusement qualifié de fort élastique.

<sup>2</sup> Nous ne voulons point dire que ce soit là la seule différence entre les syndicats modernes et les corporations anciennes. M. d'Haussonville (*Revue des Deux-Mondes*, 15 mars 1885, p. 302) en fait bien ressortir une autre, capitale, lorsqu'il montre que celles-ci n'étaient que des « associations de maîtres, » leur opposant les compagnonnages qui n'étaient pas légaux. Cf. Discours de M. Frédéric Passy en réponse à ceux de MM. de de Mun et de Lanjuinais [Ch. *Déb. parl.*, juin 1881, p. 1319].

<sup>3</sup> C'est bien en ce sens que M. Allain-Targé, dans le premier rapport à la Chambre, écrivait : « Ce qui est à souhaiter, c'est la formation du plus grand nombre possible d'associations ouvrières, recrutées dans chaque métier, et se proposant, par leur compétence spéciale, par leur durée, par la continuité de leurs efforts... d'élever la situation matérielle et la dignité et de défendre l'indépendance non seulement des ouvriers associés, mais de la profession tout entière. » [Ch. *Doc. parl.*, mai 1881, p. 365, col. 1].

juridique de la personnalité civile, il faut reconnaître que nos syndicats sont des P. M. du même ordre que les corps de métiers, or il ne semble pas qu'on hésitât à les classer parmi les gens de mainmorte, à côté des chapitres, des universités, des monastères, des corps de ville <sup>1</sup>.

58. Politiquement, à la Chambre <sup>2</sup> on est revenu à plusieurs reprises sur les dangers de la mainmorte, à propos des syndicats professionnels. On a raillé ces craintes, d'autant plus qu'on a soutenu qu'elles avaient déterminé le législateur à édicter contre les syndicats une incapacité générale de recevoir des dons ou legs <sup>3</sup>. Ces craintes étaient-elles exagérées? Il importe peu; fondées ou non, elles révèlent avec certitude que, dans l'esprit du législateur, la personnalité des syndicats était du même ordre que celle des corps ou communautés que l'on désignait autrefois sous le nom de gens de mainmorte.

Nous pourrions invoquer le témoignage des intéressés eux-mêmes. Dans le rapport présenté par l'*Union des chambres syndicales ouvrières de France* à la commission du Sénat <sup>4</sup>, nous

<sup>1</sup> Voy. citations de Domat (n° 28).

<sup>2</sup> Rapport précité de M. Allain-Targé (p. 366, col. 1) : « Nous avons réduit à leur minimum les droits de ces nouvelles personnes civiles (les syndicats). Votre commission n'était pas favorable au rétablissement de la « mainmorte. » Cp. Discours (*Ch. Déb. Parl.*, mai 1884, p. 973, col. 2). M. Floquet exprimait la même idée, quand il affirmait (*ibid.*, p. 966, col. 1) que la loi nouvelle ne pouvait « en aucun cas amener la résurrection de la « mainmorte » puisque la commission limitait les droits du syndicat « à la « libre disposition des cotisations, à la possession des locaux où siège « l'association... Derrière une personnalité civile si restreinte on ne peut « voir le rétablissement des biens de mainmorte. » Suivant nous (Cf. nos 7 et 8) cette personnalité a été ensuite élargie; mais la préoccupation de la formation d'un patrimoine de mainmorte reste. Il est vrai que MM. Rouher et Goblet étaient d'accord pour affirmer qu'il ne faut pas redouter les biens de mainmorte pour les syndicats (*ibid.*, p. 999, col. 3). Cf. les discours de MM. Waldeck-Rousseau (Ch. juin 1883, p. 1319, col. 2) et de la Basselière (*ibid.*, p. 1349-1350) en sens contraire, tous les deux d'accord pour reconnaître que le patrimoine des syndicats est un patrimoine de mainmorte, un « domaine corporatif ».

<sup>3</sup> Cf. (n° 7). M. Hubert-Valleroux, *op. cit.*, p. 368 et suiv.

<sup>4</sup> Annexe au rapport de M. Tolain (*Sénat. Doc. parl.*, janvier 1884, p. 1122, col. 1).

relevons le passage où est critiquée comme trop sévère la prohibition complète formulée par le Sénat de recevoir des dons et legs. « La pensée du législateur, est-il dit, en édictant cette interdiction, a été d'empêcher la reconstitution, sous n'importe quelle forme, des biens de mainmorte. *Nous trouvons légitime « cette précaution dans tout ce qu'elle a de rationnel »*. »

59. Légalement, enfin, y aurait-il quelque texte de la loi du 21 mars 1884 qui fût inconciliable avec le caractère de P. M. *publique* que nous sommes logiquement et rationnellement amené à reconnaître aux syndicats ?

D'une façon directe, non ; et nous avons essayé d'expliquer (n° 19) pourquoi la loi, en France, ne s'est jamais préoccupée des classifications théoriques admises entre les P. M. Reste à voir si, indirectement, quelque disposition de la loi implique contradiction à notre solution, en repoussant l'une ou l'autre des deux conséquences pratiques qu'elle entraîne, — soit l'absorption des droits individuels par l'être fictif, d'où, intégrité du fonds social dans les cas de démission ou d'exclusion et, au cas de dissolution, absence de tous droits sur l'actif chez les syndiqués existant alors ; — soit l'application de l'art. 910, C. civ., aux syndicats, pour les dons et legs de meubles ou même d'immeubles « nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et à des cours d'instruction professionnelle » (art. 6).

60. Sur le premier point, la disposition de l'art. 7, 1<sup>er</sup> al., s'explique tout naturellement dans notre opinion : il y est dit que la retraite, toujours possible, d'un syndiqué n'empêche pas « le syndicat de réclamer la cotisation de l'année courante » ; ce qui exclut, nous l'avons dit déjà (n° 11 in f.), tout droit pour le démissionnaire de répéter ses apports, ses versements, le total de ses cotisations.

M. Boullaire (p. 113) compare cette disposition qui garantit le droit de retraite des syndiqués, « avec la faculté semblable »

<sup>1</sup> Ce que les Chambres syndicales trouvent *peu rationnel*, c'est que l'interdiction de recevoir des dons et legs s'applique même aux immeubles dont l'acquisition est exceptionnellement permise aux syndicats. La critique était judicieuse ; mais la loi actuelle ne la mériterait encore que si l'on se rangeait à l'opinion absolue de M. Hubert Valleroux (n° 7).

écrite dans l'art. 1869 C. civ., en ce qui concerne les sociétés civiles dont la durée est illimitée. Dans ce rapprochement c'est non pas l'analogie, mais une différence essentielle entre les deux situations qui nous frappe. La retraite de l'associé, dans les termes de cet art. 1869, entraîne dissolution de la société et reprise par l'associé de sa part dans le fonds social. La démission du syndiqué laisse subsister le syndicat, et le « syndiqué démissionnaire ou « exclu ne conserve aucun droit sur le patrimoine syndical<sup>1</sup>. »

Objectera-t-on que, dans le silence des statuts, le démissionnaire aura droit au remboursement de ses cotisations comme l'associé de l'art. 1869 à la reprise de son apport ou plutôt de sa part? La réponse est facile : si le droit du syndiqué comporte, en principe, en l'absence de clause formelle, la reprise de ce qu'il a mis dans l'actif social, ce droit, comme celui d'un associé, est *essentiel*, il ne peut pas être supprimé par le pacte social. Il n'y a pas de milieu, selon nous : — ou la clause expresse est nulle, suivant les principes en matière de sociétés, si le syndiqué a, sur l'actif social, des droits comme ceux d'un associé<sup>2</sup>; — ou la clause est valable<sup>3</sup>, mais c'est qu'elle suppose que le syndiqué est sans droits dans l'actif social, et alors elle est inutile : nous le croyons, en effet.

61. Déjà, à plusieurs reprises, nous avons émis l'idée que la solution donnée aux cas de démission ou d'exclusion doit être étendue à celui de dissolution : si les syndiqués sont sans droits dans l'actif syndical, lorsqu'ils se retirent ou qu'ils sont exclus

<sup>1</sup> Affirmation empruntée à l'art. 9 des statuts-modèles annexés à l'ouvrage de M. Boullaire (p. 279). Comme nous le disons, la légalité de la clause recommandée ici ne nous paraît admissible que si, contrairement aux règles essentielles de la société privée, on considère les droits individuels des membres du syndicat comme absorbés dans la personne morale, comme anéantis au profit de l'être fictif. Pour le droit d'exclusion ainsi stipulé et comparé un droit d'exclusion dans certaines sociétés [Voy. n. 44, note 1].

<sup>2</sup> Telle était, nous l'avons vu (n° 15), la thèse soutenue par M. M. Barthe, qui raisonnait sur un syndicat comme pour une société privée.

<sup>3</sup> C'était l'opinion défendue par M. Tolain (n° 14); mais il ne suffisait pas, pour la justifier, d'invoquer le principe de la liberté des conventions; car cette liberté, dans un contrat de société, ne va pas jusque-là. C'est également l'opinion de M. Boullaire qui, pour l'admettre, a dû perdre de vue l'assimilation qu'il fait entre les syndicats et les sociétés (n° 50).

isolément, individuellement, comment pourraient-ils avoir des droits lorsque leur retraite ou exclusion se produit en masse, est commune à tous, c'est-à-dire lorsqu'il y a dissolution ?

Ici encore M. Boullaire pense qu'une clause expresse des statuts peut empêcher l'exercice des droits individuels sur l'actif social, mais qu'elle est nécessaire<sup>1</sup>. Suivant lui, la volonté des contractants, manifestée par leur adhésion aux statuts, a la même efficacité que les dispositions des art. 10 (L. 20 juillet 1850) et 15 (D. L. 6 avril 1852) sur les sociétés de secours mutuels reconnues ou approuvées<sup>2</sup>.

C'est donc que la solution de ces deux textes semble à l'auteur équitable et rationnelle. Comment la justifier ou l'expliquer ? Nous disons simplement : la loi, ici, en prévision du droit de *déshérence* de l'État sur un patrimoine resté sans maître après la disparition de la personne morale sur la tête de laquelle il était fixé, en attribue le bénéfice à des œuvres analogues. Nous comprenons que la loi règle ainsi l'exercice d'un droit de l'État ; mais si l'État est sans droit sur les biens sans maître, comme M. Boullaire paraît le supposer dans les passages précités (n° 55), s'il y a, d'après les principes, ou plutôt par la nécessité, la *fatalité du fait*, résurrection des droits individuels quand l'association se dissout, comment la L. 1850 et le D. 1852 ont-ils pu méconnaître ces droits individuels, *exproprier*, en réalité, les sociétaires survivants au profit de sociétés similaires ? Sont-ce donc là des lois *spoliatrices* ?

Si non, c'est que les membres survivants n'ont pas plus de droit à la dissolution de la société que pendant son existence... et pourquoi, dès lors, prétendre que l'actif, en principe, dans le silence des statuts, doit se partager entre eux ? Où est leur titre ? Est-ce le *fait qu'ils survivent* ? M. Boullaire (*Eod. loc. cit.*) semble l'admettre. A entrer dans cette voie, nous voyons bien où nous courons ; ce *fait*, titre unique des co-partageants peut être combattu par un *autre fait*,... victorieusement, si ce dernier est le plus fort : *beati possidentes* !

62. Tout cela nous semble arbitraire ; nous ne voyons rien,

<sup>1</sup> *Op. cit.*, p. 121 et 131, citations faites à notre n° 55. Cf. art. 28 *inf.* des statuts modèles, p. 293.

<sup>2</sup> Nous nous sommes expliqué sur ces textes n° 37 et suiv.

dans le texte de la L. 1884, qui permette de soupçonner une différence entre le cas de dissolution et celui de démission. Nous prétendons même que l'al. 2 de l'art. 7 renferme la preuve indirecte que les syndiqués ne peuvent élever aucune prétention sur le fonds syndical lors d'une dissolution. Cet alinéa réserve, en effet, [nous le savons, n° 13], à tout démissionnaire, sans droit dans l'actif syndical, « le droit d'être membre des sociétés de secours mutuels » organisées par le syndicat et « à l'actif desquelles il a contribué par des cotisations. » Solution qui peut s'exprimer, pensons-nous, en disant que, d'après la L. 1884, le membre d'un syndicat a *plus de droits* dans la caisse de secours mutuels que sur l'actif syndical même.

Une dissolution du syndicat se produit, entraînant en même temps celle de la société de secours mutuels, approuvée par hypothèse, mais qui n'en reste pas moins un annexe du syndicat; que verrons-nous, d'après M. Boullaire? L'actif net de la caisse syndicale se partager entre les syndiqués vivants, tandis que l'actif net de la caisse de secours leur échappera pour être, conformément au D. 1852, attribué à d'autres sociétés de secours mutuels. C'est-à-dire résultat diamétralement opposé à celui que nous signalions dans l'al. 2 de l'art. 7, que les syndiqués ont *moins de droits* dans la société de secours que sur l'actif syndical.

En résumé, rien dans la loi 1884 ne démontre, en recherchant avec les textes et *entre les textes*, quels sont les droits des syndiqués aux cas de démission, exclusion ou dissolution <sup>1</sup>, — que les syndicats ne sont pas des P. M. *publiques*, ... au contraire.

63. Pourrait-on songer à nier ce caractère de P. M. *publique* en découvrant quelque disposition qui, de près ou de loin, écarterait l'application de l'art. 910, C. civ., aux syndicats? Nous avons cru pouvoir affirmer que non (n° 10). M. Boullaire paraît bien tirer cependant un argument en sens contraire de l'art. 8. Ce texte, écrit-il <sup>2</sup>, « suppose que des immeubles ont été acquis

<sup>1</sup> Sur ce point on peut lire la réponse de M. Goblet à une objection de M. Floquet [*Ch. Déb. parl.*, mai 1881, p. 880].

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 91-92. L'art. 8 porte : « Lorsque des biens auront été acquis contrairement aux dispositions de l'art. 6, la nullité de l'acquisition ou de la libéralité pourra être demandée par le Procureur de la République ou par les intéressés..... »

« par les syndicats pour une destination autre que celle qui leur  
 « est permise, et il donne à l'autorité judiciaire le droit de  
 « faire annuler ces acquisitions. *Cette hypothèse serait impossible,*  
 « si les syndicats ne pouvaient acquérir aucun immeuble sans  
 « l'autorisation spéciale de l'autorité administrative. Cette auto-  
 « rité s'opposerait évidemment à l'acquisition d'immeubles hors  
 « des termes de la loi, et l'action en nullité concédée aux tribu-  
 « naux serait absolument inutile. — Il faut donc conclure de ce  
 « titre que les acquisitions d'immeubles faites par les syndicats  
 « ne sont soumises à aucune autorisation administrative. »

64. Cette conclusion, en sa généralité, est des plus hasardées. Il serait inexact, tout d'abord, de dire que, si les syndicats ne peuvent recevoir des dons et legs qu'avec autorisation, l'hypothèse prévue par cet art. 8 est *impossible*; car le texte vise non seulement les acquisitions à titre gratuit, mais aussi les acquisitions à titre onéreux, qui échappent, elles, à la nécessité de toute autorisation et pour lesquelles, au moins, le texte serait très correct.

En outre, même en tant qu'il statue sur les acquisitions à titre gratuit, à supposer qu'il ne visât qu'elles, nous disons qu'il s'explique facilement et n'est point incompatible avec l'application de l'art. 910, C. civ. Suivant nous, il renferme, d'abord, une réserve expresse *du droit des intéressés* de faire valoir devant l'autorité judiciaire, seule compétente, les causes de non-validité du don ou du legs, que l'autorisation administrative, dans les termes de l'art. 910, n'a pas pu couvrir. A ce point de vue, cet art. 8, parlant des intéressés, a la même utilité que l'art. 7 de l'Ord. 2 avril 1817<sup>1</sup> portant que « l'autorisation pour  
 « l'acceptation ne fera aucun obstacle à ce que *les tiers inté-*  
 « *ressés* se pourvoient par les voies de droit contre les disposi-  
 « tions dont l'acceptation aura été autorisée. »

C'est un principe reconnu, en effet, que l'autorisation administrative, en vertu de l'art. 910, n'intervient pas pour assurer le

<sup>1</sup> *Déterminant les règles à suivre pour l'acceptation... des dons et legs qui peuvent être faits tant en faveur des établissements ecclésiastiques que de tous autres établissements d'utilité publique en vertu de la loi du 2 janvier 1817 et de l'art. 910, C. civ.*



respect des dispositions légales relatives à la validité, en la forme ou au fond, d'une libéralité : c'est là le rôle des tribunaux de l'ordre judiciaire seuls. L'autorité administrative a à examiner, non pas si la libéralité est légale, mais si, en la supposant légale, elle n'est pas contraire aux intérêts politiques, économiques, sociaux, dont elle a la garde.

Ajoutons qu'il nous semble beaucoup moins *évident* qu'à notre contradicteur, que l'autorité administrative s'opposerait toujours à des acquisitions « hors des termes de la loi. » Le contraire est possible, soit par erreur, soit par faveur ; question, non de légalité, mais d'utilité, d'opportunité pour l'administration.

Nous ne faisons pas difficulté de reconnaître que, alors, dans notre opinion, l'art. 8 pourra mettre quelqu'un dans une position embarrassante ; c'est le Procureur de la République, armé, lui aussi, du droit d'agir en nullité, si l'art. 6 est violé, et qui hésitera à en user lorsque, un décret d'autorisation étant intervenu, les intéressés ne réclameront pas. La loi, il est vrai, dit que la nullité *pourra*, et non pas *devra* être provoquée par le ministère public, formule qui lui laisse toute latitude : ce n'est plus une question de droit pour l'interprète, c'est une question de caractère pour le magistrat.

Résumons cette longue réponse à une objection spécieuse : pour qu'elle fût décisive, il faudrait,

1° Que l'art. 8 ne visât que l'hypothèse d'acquisitions à titre gratuit ;

2° Que l'autorité administrative, chargée de donner l'autorisation de l'art. 910, eût pour mission d'apprécier la légalité du don ou du legs ;

3° Que le Procureur de la République fût investi seul, et non pas *les intéressés* avec lui, du droit de demander la nullité.

Or le texte de l'art. 8 et les principes du droit public sur le rôle du *pouvoir autorisant*, excluent à la fois ces trois conditions nécessaires à la justification de l'argument. Nous persistons donc à croire que l'art. 8 n'est point contradictoire avec l'application de l'art. 910 aux syndicats.

65. On se plaindra, peut-être, que notre opinion entrave le développement de l'institution nouvelle, en la privant de res-

sources importantes. — Nous répondrons que la loi, si favorable qu'on l'imagine pour les syndicats, ne peut pas, ne doit pas l'être, pour eux, plus que pour les bureaux de bienfaisance, les hospices, les sociétés de secours approuvées, etc. — D'ailleurs toutes ces œuvres ont-elles jamais rencontré, dans la règle de l'art. 910, un obstacle à l'accroissement de leurs ressources par la générosité des donateurs ou testateurs ?

66. Qu'on veuille bien, enfin, ne pas perdre de vue que les fondateurs du syndicat peuvent échapper à l'application de l'art. 910.

Cette application n'est, en effet, suivant nous, qu'une conséquence de la nature de la personnalité civile de leur œuvre ; qu'ils la transforment, qu'ils dépouillent le caractère de *gens de mainmorte*, par l'acte constitutif, dans la charte de leur association.

Les statuts sont libres, nous avons vu (nos 14 et 16) le rapporteur de la loi au Sénat le proclamer, et le droit commun laisse à cette liberté un vaste champ d'action ; elle a ses limites toutefois, mais ce ne sont point celles que signalait M. Marcel Barthe, dans la discussion (no 15). Nous entendons cette liberté des statuts en ce sens, qu'il dépend de ceux qui les rédigent de créer, aux conditions très simples de la L. 1884, un syndicat, P. M. *publique*, seule titulaire du patrimoine syndical au partage duquel les syndiqués ne pourront jamais prétendre, à l'abri par suite des chances d'une dissolution, provoquée par des membres avides d'une liquidation qui leur assurerait une part dans un actif enrichi ; mais, par contre, P. M. seule bénéficiaire des dons et legs adressés à l'œuvre, incapable d'en recueillir le bénéfice sans l'autorisation de l'art. 910.

Que si le but des fondateurs n'est point d'absorber ainsi, d'incorporer, en quelque sorte, les droits individuels des adhérents dans la personnalité civile, ils le peuvent, sans doute, même sous le nom de syndicats, car le nom importe peu dans une législation non formaliste : ils constitueront une association purement *privée* entre les adhérents, société civile ou commerciale qui sera soumise, d'une part aux conditions de formation prescrites par les lois civiles ou commerciales, — d'autre part au régime des P. M. *privées*... si la société est de celles auxquelles on reconnaît la personnalité civile ; alors, pas de patrimoine de mainmorte,

le fonds social reposera en réalité, sur les associés qui en prendront *nécessairement* leur part, s'ils quittent la société ou si elle se dissout; de ce chef, il est vrai, fragilité de l'œuvre, d'autant plus exposée à des tentations de liquidation qu'elle sera plus prospère et sa caisse mieux garnie.—Quant à l'art. 910 C. civ., son application sera écartée; les libéralités *auront leur effet* sans autorisation, car les droits individuels dans l'actif social, persistant ici malgré la fiction de la personnalité civile, ces droits s'augmentent des dons ou legs qui grossissent l'actif; en réalité donc, la libéralité est faite aux associés personnellement, l'art. 910 est étranger à ces libéralités destinées à des individus. Mais ces libéralités, adressées à l'entreprise, faites réellement aux associés doivent, pour leur validité, rencontrer dans chaque associé toutes les conditions légales requises chez le bénéficiaire d'un don ou d'un legs.

67. Voilà le droit des rédacteurs des statuts: ils ont une alternative, et c'est là l'innovation de la L. 1884; elle rend possible, pour des particuliers, la réalisation de l'un des termes de cette alternative qui, avant elle, exigeait une intervention spéciale des Pouvoirs publics; elle permet, par contrat, sous la seule réserve d'une publicité indispensable, la création de P. M. *publiques*. Permet-elle, pour cela, la création d'un être fictif *hybride*, qui tiende à la fois, par sa nature, des P. M. *publiques* et des P. M. *privées*? Nous ne le pensons pas: si la P. M. est *publique*, en ce sens qu'elle a un patrimoine de mainmorte, que son avènement éteint à tout jamais les droits individuels dans le fonds social, alors, les dons et legs, adressés à l'œuvre, ne peuvent plus être considérés comme ayant pour destinataires les individus groupés: ceux-ci n'en recueilleront jamais la moindre parcelle; ces dons ou legs vont au patrimoine de mainmorte, ils l'accroîtront indéfiniment... Toutes les raisons qui justifient l'art. 910 se rencontrent.

Il faudrait une manifestation non équivoque de la volonté du législateur, un texte formel, pour admettre une solution inverse. Ce texte, nous ne l'avons pas: dès lors les statuts sont impuissants à créer un *sujet de droit abstrait*, qui tiendrait de son caractère de P. M. *publique* un patrimoine à l'abri des revendications

individuelles, et de je ne sais quel caractère de P. M. *privée*, l'immunité des règles restrictives de l'art. 910.

Nous irions presque jusqu'à formuler ainsi notre opinion : la nature des choses veut qu'une P. M. soit *publique* ou *privée*; elle ne peut pas être l'une et l'autre, en un seul corps fictif. La loi qui méconnaîtrait cette nécessité créerait comme un *monstre juridique*; le contrat qui y vise est impuissant; il implique deux volontés, deux buts contradictoires. Telles sont les limites que le droit, nous allons dire le sens commun, met à la liberté des statuts.

68. Nous nous sommes efforcé, dans cette étude sur les syndicats professionnels, d'appliquer la notion abstraite, théorique de la personnalité civile; les solutions, auxquelles nous aboutissons, ne surprendront peut-être pas ceux qui ont réfléchi sur ce sujet, qui ont tenté de le creuser.

Si l'idée première que nous nous faisons de la nature d'une P. M. est juste, si les conséquences que nous en avons déduites sont rationnelles, si la L. 1884 ne les exclut pas, — faut-il dire que la loi est mal faite, incomplète? Faut-il appeler une réforme encore à ce point de vue spécial (Cf. n° 4), et quelle serait cette réforme?

69. Le défaut de la loi 1884 nous paraît être qu'elle a semblé promettre beaucoup en assurant la personnalité civile à tous les syndicats, et qu'elle peut avoir trompé les espérances qu'elle provoquait, par suite de l'application des règles de cette personnalité.

Nous ne pensons pas que ce soit une heureuse innovation que celle qui a consisté à imposer, même comme un bienfait, la personnalité civile à tous les syndicats<sup>1</sup>.

Si les fondateurs estiment que la personnalité civile ne leur est pas nécessaire, ni même utile, pour assurer le fonctionnement de l'œuvre telle qu'ils la conçoivent, pourquoi les obliger

<sup>1</sup> Sur ce point il faut lire les discours de MM. Cantagrel [*Ch. Déb. parl.*, mai 1881, p. 913, col. 3, p. 921, col. 1, p. 924], Trarieux et Ribot [p. 957, 962] Cf. *La déposition des délégués de l'Union nationale du commerce et de l'industrie* (patrons), dans le rapport de M. Tolain (*Sénat, Doc. parl.*, janvier 1884, p. 1121, col. 1); et le discours de M. Loekroy (*Ch. Déb. parl.*, juin 1883, p. 1313, col. 1, 2).

néanmoins à l'acquiescer ou à se réfugier à l'abri des formes des sociétés civiles ou commerciales? Pourquoi ne pas les laisser se former en association privée, entièrement libre, *non personnalisée*? Voir dans ce fait un délit [art. 9 de la loi], maintenir, contre lui, le système, sinon toutes les rigueurs de l'art. 291, C. P., et de la loi 10 avril 1834, n'est-ce pas pousser aux *sociétés secrètes*, les seules redoutables?

D'autant plus que, avec un tel régime, bien plus libéral que celui de la loi actuelle, — auquel la discussion sur le droit général d'association nous conduira peut-être, — les avantages de la personnalité civile *publique*, malgré l'application de l'art. 910, C. civ., qu'elle emporterait toujours, apparaîtraient bien vite aux yeux des intéressés.

Quand les membres démissionnaires ou exclus d'un syndicat *libre, non personnalisé*, auraient obtenu le remboursement de leurs parts dans la caisse sociale, — quand une dissolution des mêmes syndicats aurait été provoquée par quelque membre pressé de partager l'actif grossi de générosités opulentes, — les syndiqués comprendraient l'utilité qu'il y a pour un syndicat à être P. M. *publique*, ils verraient que le droit de recevoir des libéralités, sans être soumis à l'art. 910, se paie cher, — que pour fonder une œuvre vraiment durable, à l'abri des tentations de l'intérêt privé, à défaut des liens spirituels de la foi, des vœux religieux, insuffisants eux-mêmes parfois, la personnalité civile *publique* est indispensable.

Ils la solliciteraient alors du Pouvoir public. La publicité, exigée comme condition de l'avènement de l'être fictif, se justifierait à leurs yeux; ils ne seraient plus tentés d'y voir une mesure de surveillance policière. — Il nous semble même qu'une exigence plus grande que celle de l'art. 4 actuel<sup>1</sup>, irait de soi, dans ce système : ce serait l'approbation des statuts<sup>2</sup>, pour em-

<sup>1</sup> Qui impose simplement le dépôt des statuts et des noms de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'administration ou direction.

<sup>2</sup> Cette approbation devrait-elle émaner de l'autorité administrative? Ne serait-il pas préférable de créer un magistrat spécial, qui en serait chargé comme en Angleterre? Nous n'avons pas à édifier ici un système complet de réglementation sur la matière (Texte de la loi anglaise du 29 juin 1871 *Ann. Lég. Comp.*, 1872, p. 59; M. Hubert-Valleroux indique les fonctions du

pécher qu'il ne s'y glissât rien de contraire à la nature de la *personnalité publique* sollicitée et concédée.

70. Nous n'avons pas la naïveté de croire qu'un tel régime, si libéral qu'il fût, échapperait aux doléances de tous les intéressés et satisferait toutes les prétentions. Dans notre opinion, si la volonté des particuliers, si le but qu'ils assignent à leurs œuvres ou entreprises, marque la nature de la P. M., cette volonté *privée* est impuissante à créer la P. M. *publique*. Or il est facile de prévoir que, après la liberté des associations, on réclamera, pour elles, la *personnalité civile de droit*. C'est la revendication de certaines Églises pour leurs fondations <sup>1</sup>, et d'une façon *registrar* dans le Bulletin (*Lég. Comp.*, 1886, p. 75-76). Cf. Discours précité de M. Trarieux [*Ch. Déb. parl.*, mai 1881, p. 957] et de M. Goblet [*Ibid.*, p. 978-980].

On s'étonnera peut-être, qu'une plus large part n'ait pas été faite à la législation comparée : les documents spéciaux ne nous manquaient point ; l'organisation des *corps de métiers*, en Angleterre, en Allemagne, en Autriche etc., a été l'objet de plusieurs études récentes ; l'*Annuaire de la Société de législation comparée* nous fournit des textes très-complets sur la matière ; les discussions de la *Commission du travail*, en Belgique, comme les *Travaux préparatoires* de notre loi de 1884, présentent aussi de nombreux et importants éléments d'information. . . . Nous avons cru, néanmoins, devoir nous abstenir : le sujet comporte, en effet, non-seulement l'examen des lois spéciales sur les associations professionnelles, mais encore la connaissance approfondie des principes de Droit public, de l'organisation administrative et économique des divers pays. Suivant que la liberté d'association existe ou non de droit commun, suivant que le régime corporatif est obligatoire ou facultatif, organisé administrativement ou abandonné à la libre initiative des intéressés, — suivant le degré de développement de la notion, doctrinale ou légale, de la personnalité civile, — suivant les règles relatives à la capacité des établissements publics ou d'utilité publique, — suivant la législation des sociétés civiles ou commerciales. . . le problème change, toute comparaison devient téméraire ou fragile ; elle n'eût été, de notre part, qu'une vaine apparence d'érudition.

<sup>1</sup> Les juristes catholiques élèvent, en l'état actuel de notre législation, la prétention que la personnalité civile appartient aux congrégations religieuses en vertu du Concordat ; l'un d'eux a écrit en ce sens : « Si la liberté du culte implique le droit du vœu de pauvreté, il faut bien que la communauté puisse être propriétaire pour nourrir ses membres. » (*Revue catholique des institutions et du droit*, janvier 1888, p. 85. Rapport de M. P. Besson, avocat au Conseil d'Etat). Nous disons seulement que le vœu de pauvreté, prononcé par les membres d'une congrégation,

plus générale, c'est la revendication de tous les adversaires de la souveraineté de l'Etat.

Pour nous, qui voyons, dans les prérogatives du Souverain, la sauvegarde des libertés individuelles contre les oppressions corporatives ou autres, nous les défendrons, et, parmi elles, nous plaçons au premier rang, la réserve du droit de créer les P. M. *publiques*, de permettre l'avènement des gens de mainmorte.

MARC SAUZET.

#### DE LA PREUVE DE L'IDENTITÉ AU CAS DE RECONNAISSANCE OU DE RECHERCHE JUDICIAIRE DE LA FILIATION NATURELLE,

Par Alfred JARRASSÉ, avocat, docteur en droit.

La preuve de l'identité est une de celles qui présentent le plus de difficultés dans leur mise en pratique; on peut même dire qu'elle se résout habituellement en une série de probabilités, qui vont s'approchant de la certitude absolue sans pouvoir jamais l'atteindre. Cependant cette preuve si ardue est à chaque instant nécessaire en matière de questions d'état. Il m'a paru intéressant d'en rechercher les principes dans son application à la filiation naturelle simple, qui présente à cet égard des difficultés spéciales, tout en laissant de côté la filiation adultérine et la filiation incestueuse, dont la preuve ne peut être fournie que dans des circonstances exceptionnelles.

En cette matière, le législateur s'est montré sévère, et, quelles que soient les lacunes qu'on puisse constater dans les règles qu'il a formulées, l'esprit de la loi ne s'en révèle pas moins d'une façon évidente : créer aux enfants naturels une situation défavorable, même en ce qui touche la preuve de leur état, a semblé le moyen le plus efficace de défendre les bonnes mœurs et de mettre les citoyens à l'abri de poursuites scandaleuses et démontre avec évidence (n° 41 *inf.*, note *inf.*) le but désintéressé de leur œuvre collective, l'abdication complète des droits individuels, et marque dès lors, par avance, qu'elle ne peut être que P. M. *publique*, qu'elle essaierait en vain, de dissimuler ce caractère *essentiel* sous la personnalité d'une société privée (n° 43), que la loi elle-même serait impuissante à effacer ce caractère *essentiel* en organisant un système de *liquidation commerciale* du patrimoine de la congrégation (n° 43 note, *inf.*).

parfois injustes. Je, n'ai pas à justifier ici le mérite de cette solution, mais seulement à la constater pour en tirer profit dans la suite de ces développements.

On sait que l'enfant naturel peut, en ce qui touche sa filiation, se trouver dans deux situations bien distinctes : il peut ou être reconnu, ou, ne l'étant point, se trouver dans la nécessité de recourir aux voies judiciaires de la recherche de maternité et parfois de paternité.

Dans la première hypothèse la question d'identité peut se poser, dans la seconde elle se pose nécessairement. S'il y a une reconnaissance, il peut encore y avoir lieu d'établir qu'on est l'enfant qui a été reconnu, mais il peut arriver aussi que cette identité ne soit pas contestée. Si, au contraire, il y a lieu d'entreprendre une recherche judiciaire, disons de maternité, puisque celle de la paternité est en principe interdite, la démonstration de l'identité devient dans une certaine mesure le préliminaire indispensable de la preuve à faire, en même temps qu'elle en est un des éléments essentiels. Qu'on se garde bien cependant de tomber ici dans une erreur, que pourraient faire naître les termes de l'art. 344 : la preuve de l'identité est, à la vérité, liée à celle de l'accouchement, mais il n'existe entre l'une et l'autre aucune confusion possible ; au contraire, elles doivent être soigneusement distinguées. Poser par un commencement de preuve écrite les bases de la démonstration de son identité est la condition essentielle de l'exercice de la recherche. L'intérêt, en effet, est la mesure des actions, et l'ordre public exige qu'on ne puisse faire devant les tribunaux la preuve d'un fait scandaleux sans justifier d'un motif sérieux, disons mieux d'un droit. Or, ce droit repose évidemment dans la qualité d'enfant qu'on prétend s'attribuer à soi-même ou à celui dont on exerce les droits. Sans pousser plus loin cette observation préalable, nous en retiendrons seulement ceci : c'est que *la preuve de l'identité est distincte de celle de la génération* et qu'il y a intérêt à l'étudier à part. L'obscurité et la confusion qui règnent dans la matière des preuves de la filiation naturelle, les hésitations de la jurisprudence sont dues, pour une notable partie, à ce qu'on a négligé de le faire d'une façon suffisamment nette.



Tel sera le but de mes efforts; pour y parvenir je m'occuperai successivement du cas où il y a une reconnaissance, et de celui où il faut se livrer à une recherche judiciaire.

## I.

Preuve de l'identité au cas où l'enfant naturel a été reconnu.

L'hypothèse que j'ai à examiner tout d'abord est des plus simples : une personne a reconnu un enfant naturel par un acte valable en la forme; la sincérité de cette reconnaissance n'est pas contestée. Une autre personne veut établir qu'elle est l'enfant reconnu. Quelles règles seront applicables à cette preuve? Nous devons suppléer au silence du Code, muet sur ce point.

Une question se pose tout d'abord : y a-t-il là une recherche de la filiation? Non évidemment; la filiation est déjà prouvée, le fait que telle personne, auteur de la reconnaissance, a donné le jour à un enfant se trouve pleinement établi; il reste à démontrer que le demandeur est ce même enfant. Il y a bien là un complément de la preuve déjà faite, mais c'est un complément qui s'en distingue profondément. Il y a une reconnaissance, il ne s'agit plus que de savoir qui doit en bénéficier, ce n'est pas une recherche de filiation. J'ajoute que si l'on décidait que la preuve de l'identité dans ce cas est une recherche de filiation, on refuserait, au cas de contestation, tout effet à une reconnaissance émanée du père naturel, par application de l'art. 340. Je ne m'arrête pas plus longtemps sur ce point qui n'est pas contesté, et je tire tout de suite la conséquence de mon raisonnement : la preuve de l'identité de la personne reconnue n'est pas soumise aux règles restrictives des art. 340 et 341, elle tombe sous l'application du droit commun, et peut être faite par témoins, sans commencement de preuve par écrit, comme tout ce dont il est matériellement impossible de se procurer une preuve écrite.

Mais la question devient plus délicate si nous renversons l'hypothèse : une personne veut se prévaloir d'une reconnaissance faite à son profit; or celui à qui elle s'adresse soutient que cet acte n'émane pas de lui. — La preuve de l'identité, s'appliquant à l'auteur de la reconnaissance, est-elle une recherche de paternité ou de maternité? Certains auteurs l'ont pensé : « Aux termes de l'ar-

« ticle 334 », dit M. Demolombe, « la preuve de la paternité « doit résulter d'un acte authentique, qui l'établisse par lui-même et directement; et la loi n'admet en cette matière aucune « preuve testimoniale, même avec un commencement de preuve « par écrit. » Mais, on l'a fait justement remarquer, ce serait exiger que l'acte de reconnaissance fit par lui-même preuve de l'identité de son auteur : or, il y a là une impossibilité matérielle, un écrit seul ne peut jamais faire cette preuve complète, il faut toujours y adjoindre un autre moyen, généralement les témoignages. — D'ailleurs on ne peut argumenter en sens contraire de l'art. 334, ce texte ne règle qu'une question de forme, applicable à la reconnaissance de maternité comme à celle de paternité, il ne renferme donc rien de spécial à cette dernière hypothèse. Au surplus nous supposons que la reconnaissance en elle-même n'est point contestée : il est tenu pour démontré que l'enfant reconnu est le fils naturel de l'auteur de la reconnaissance ; ce qu'il s'agit de prouver actuellement, c'est que celui contre lequel il prétend exercer ses droits est bien la même personne qui l'a reconnu. Or cela ne peut être une recherche de paternité, puisque le fait de la génération n'est pas mis en doute. — Si l'on se place maintenant au point de vue des conséquences du système que je combats, on peut facilement reconnaître qu'elles sont absolument inadmissibles : il suffira en effet à l'auteur d'une reconnaissance de paternité de nier son identité pour mettre de prime abord ses adversaires dans l'impossibilité de triompher de sa mauvaise foi, la recherche de la paternité étant interdite. Le système s'écroule tout entier devant une pareille conséquence <sup>1</sup>.

Les principes nous conduisent également à cette solution que la preuve de l'identité de la mère, auteur d'une reconnaissance d'enfant naturel, n'est pas soumise aux formes restrictives de l'article 341.

En résumé, dans le cas où une reconnaissance de paternité ou de maternité est produite, la preuve de l'identité soit de l'enfant reconnu, soit de l'auteur de la reconnaissance ne tombe pas sous l'application des art. 340 et 341 et peut être faite par tout moyen, sans commencement de preuve par écrit.

<sup>1</sup> Demolombe, t. V, n° 484.

La jurisprudence a parfaitement admis cette solution en ce qui touche l'identité de l'enfant. Cependant une décision déjà assez ancienne<sup>1</sup> semble méconnaître le principe après l'avoir posé. Il s'agissait dans l'espèce d'une reconnaissance de paternité naturelle. La Cour, ayant admis que l'enfant peut prouver son identité sans commencement de preuve par écrit, ajoute qu'au surplus l'acte de naissance pourrait en tenir lieu. J'avoue que je ne comprends guère cette transaction; il est incontestable que dans l'hypothèse un commencement de preuve écrite ne peut être exigé, puisqu'on ne peut y appliquer ni l'art. 341 relatif à la recherche de la maternité, ni l'art. 340 qui prohibe la recherche de la paternité, ni l'art. 1347, qui, à mon avis, n'a pas été écrit pour les questions d'état. Mais il ne me paraît pas douteux non plus que l'acte de naissance, non plus qu'un acte de reconnaissance quelconque, ne peut jamais fournir une preuve ou un commencement de preuve de l'identité de l'enfant<sup>2</sup>. Ils peuvent bien établir la génération, l'accouchement, l'aveu du père ou de la mère, mais ils ne rendent nullement vraisemblable cet autre fait que celui qui entend s'en prévaloir soit précisément l'enfant qui y a été désigné.

Je m'en tiens à ces quelques observations sur la solution donnée par cet arrêt; il est d'ailleurs resté isolé et la jurisprudence a consacré d'une façon définitive la première partie du système que j'ai précédemment développé.

Quelle que soit la corrélation qui existe, d'après ce que je viens de dire, entre la première et la deuxième, la jurisprudence est beaucoup plus hésitante, lorsqu'il s'agit de l'identité de l'auteur de la reconnaissance. Un arrêt de Lyon<sup>3</sup> avait admis que cette preuve ne constituait pas une recherche aux termes des articles 340 et 341. Mais la Cour de cassation et la Cour de Riom, sur renvoi<sup>4</sup>, ont adopté la solution opposée, parce que, dit la Cour de cassation, « en autorisant, dans ces circonstances la dame Meyer à rechercher, en dehors de l'acte de naissance, si Joseph

<sup>1</sup> Bordeaux, 18 février 1846 (Sir. 46. II. 289).

<sup>2</sup> Laurent, t. IV, n° 11.

<sup>3</sup> 30 août 1848 (D. P. 49. II. 192).

<sup>4</sup> Cass. 18 juin 1852, et Riom, 14 juillet 1853 (D. P. 55. I. 462, 464).

« Guillermet, *de cujus*, est celui qui l'a reconnue pour sa fille, « l'arrêt attaqué l'a autorisée en réalité à rechercher la paternité « dudit Joseph Guillermet. » En fait, il convient de remarquer que le père n'avait pas signé l'acte de naissance ; mais cette considération ne saurait influencer sur la solution, car si l'on avait des doutes sur l'exactitude des mentions contenues dans l'acte ou sur la sincérité de la reconnaissance, on devait faire la preuve contraire par les voies légales. La question ne se posant qu'en ce qui touche l'identité de l'auteur de la reconnaissance, il me paraît que le principe, formulé par la Cour de cassation, est entaché d'erreur.

Reste un autre point de vue qu'il me faut encore aborder. Il y a certaines hypothèses où la filiation peut se trouver prouvée, sans qu'il y ait eu cependant une reconnaissance volontaire.

La maternité naturelle pourra être établie par suite de l'exercice d'une action en désaveu. Lorsque le mari exerce cette action pour cause de naissance précoce, aux termes de l'art. 314, et que, d'autre part, la mère était fille avant ce mariage ou que l'enfant ne peut être attribué à un précédent mari, la maternité naturelle se trouvera prouvée *ipso facto*. Mais plus tard la question d'identité pourra se poser.

Autre cas : d'après une jurisprudence, désormais établie, l'indication de la mère faite dans l'acte de naissance par l'une des personnes énumérées dans l'art. 56, C. civ., fait preuve de l'accouchement à l'encontre de la mère <sup>1</sup>. Comment devra être établie, lorsqu'il y aura lieu, l'identité de l'enfant ?

Rapprochons encore de ces deux cas, celui où la filiation se trouverait établie par une procédure criminelle ou encore par une recherche judiciaire, passées en force de chose jugée, la question de l'identité de l'enfant venant ensuite à se poser.

Je trouve pour mon compte une analogie complète entre ces hypothèses et celle que j'ai étudiée en premier lieu. La filiation est définitivement établie, il n'y a pas eu de reconnaissance volontaire, mais un équivalent qu'on pourrait qualifier de « *reconnais-* « *sance forcée* » ; la conclusion, c'est que la preuve de l'identité devra se faire absolument comme dans le premier cas.

<sup>1</sup> Laurent, t. IV, nos 27 à 34.

La question s'est présentée dans la pratique, à propos de la déclaration faite du nom de la mère dans l'acte de naissance. Les tribunaux en présence d'un demandeur qui rapporte un acte de naissance contenant cette mention, ne l'admettent à faire preuve de son identité avec l'enfant, qui y est désigné, que s'il fournit en même temps un commencement de preuve de cette identité <sup>1</sup>. Le raisonnement tenu par la jurisprudence est le suivant : l'enfant qui recherche sa maternité doit établir d'abord que sa prétendue mère est accouchée, puis qu'il est l'enfant né de cet accouchement. Le fait de l'accouchement étant prouvé par l'acte de naissance, la démonstration de l'identité doit être faite d'après les termes de l'art. 341, c'est-à-dire moyennant un commencement de preuve par écrit. Mais pour justifier cette exigence, il faut dire que l'enfant, qui produit un acte de naissance où il est régulièrement fait mention du nom de la mère, est encore obligé de rechercher judiciairement sa maternité. Or, je le demande, qu'y a-t-il, dans cette hypothèse, de moins que dans le cas où l'enfant se prévaut d'un acte de reconnaissance ? L'aveu de la mère n'établit au profit de l'enfant rien autre chose que l'accouchement de celle-ci, et il lui reste toujours à démontrer qu'il est l'enfant reconnu, absolument comme dans le cas où il entend se prévaloir d'un acte de naissance où la mère est indiquée. Si dans le premier cas on dispense du commencement de preuve par écrit, pourquoi ne pas agir de même dans le second ? On conçoit cette exigence de la part du législateur, quand l'accouchement n'est pas encore prouvé et qu'il s'agit d'entreprendre contre une femme une preuve scandaleuse et de nature à lui causer un grave préjudice ; mais quand le scandale est fait, quand la maternité ne peut plus être révoquée en doute, pourquoi se montrer si rigoureux ? Ne pouvons-nous pas reprendre le raisonnement que nous faisons plus haut et dire : il n'y a pas de recherche de maternité, le fait de la génération est établi, il n'y a plus qu'un demandeur qui vient dire : je suis ce même enfant dont la mère est indiquée

<sup>1</sup> Toulouse, 2 février 1884 (Sir. 85. II. 57). Limoges, 7 décembre 1886 (Sir. 87. II. 29). Cependant la Cour de cassation semble avoir voulu appliquer la théorie opposée, sans dégager positivement le principe. (Cass. 1<sup>er</sup> décembre 1869 (D. P. 70. I. 97).

dans l'acte de naissance. Quelles raisons s'opposent à ce qu'il établisse sa prétention d'après les principes du droit commun <sup>1</sup> ?

Telle est la solution que je propose de généraliser pour en faire l'application aux différentes hypothèses que j'ai précédemment énumérées.

Mais au cas que je viens d'étudier, il ne faudrait pas joindre celui où l'enfant naturel invoque la possession d'état. On sait qu'à propos d'une controverse célèbre, on a soutenu que l'enfant naturel qui jouissait de la possession d'état n'avait plus à prouver sa filiation et se trouvait dans la situation des enfants reconnus ; on avait même été tenté, en jurisprudence, d'admettre en matière de filiation naturelle l'application de l'art. 322. Mais une réaction s'est produite contre ce système et ses conséquences : on décide désormais que celui qui a la possession d'état d'enfant naturel est néanmoins dans l'obligation de faire preuve de sa filiation : l'existence de la possession d'état ne sera donc pour lui que d'un secours, puissant à la vérité, pour établir son identité.

Je passe maintenant à la preuve de l'identité quand celle du fait de la génération reste encore à présenter, en un mot au cas de recherche judiciaire.

## II.

De la preuve de l'identité au cas de recherche judiciaire de la filiation naturelle.

Parlons d'abord de la recherche de la maternité : elle entraîne une preuve complexe, il faut établir l'accouchement de la mère, et l'identité de l'enfant. Or il importe de remarquer qu'ici la preuve de l'identité fait inévitablement partie de celle de la filiation. Nous ne sommes plus comme au cas de reconnaissance, en présence d'une preuve indépendante, qui peut ne se produire que fort longtemps après ou même n'être pas nécessaire. En matière de recherche de la maternité, la preuve de l'identité et celle de l'accouchement s'imposent l'une et l'autre. Néanmoins, et malgré cette union intime des deux preuves, il est nécessaire de les distinguer pour en exposer les principes ; j'ajoute que

<sup>1</sup> Consulter sur ce point un intéressant article sur « la preuve de la maternité naturelle par l'acte de naissance » par M. Lecourtois dans la *France judiciaire*, 1883, n° 5, p. 97.

d'ailleurs cette distinction est possible, car si elles ont un but unique, elles n'en ont pas moins un objet différent, et les difficultés spéciales, qu'elles ont soulevées, obligent à les étudier à part, malgré la confusion apparente qui règne entre elles dans l'art. 341.

Mais ce ne sont pas seulement des raisons de méthode qui m'ont déterminé à ne parler ici que de la preuve de l'identité; j'établis entre cette preuve et celle de l'accouchement une différence bien tranchée au point de vue de l'utilité distincte qui n'appartient qu'à la première. Elle sert à la fois à garantir que celui qui intente l'acte en recherche ne poursuit pas un scandale inutile et de plus qu'il a bien le droit d'exercer cette action<sup>1</sup>; la jurisprudence, en effet, décide que l'enfant naturel seul peut rechercher sa maternité.

La conclusion devrait être que la preuve de l'identité est la condition préalable de celle de l'accouchement; mais la logique ne permet pas de démontrer qu'on est l'enfant, auquel une femme a donné naissance, avant d'avoir prouvé que cette femme est accouchée. Il n'est donc possible de donner satisfaction au principe qu'en exigeant, comme je vais le montrer, un commencement de preuve par écrit de l'identité, avant d'admettre l'enfant à faire toute autre preuve<sup>2</sup>.

D'ailleurs il faut bien se garder d'exagérer cette idée et de dire, avec quelques auteurs, que la preuve de l'accouchement n'est qu'accessoire et peut être fournie par les moyens les plus arbitraires<sup>3</sup>; elle exige aussi un commencement de preuve par écrit et reste soumise à des règles sévères, dans l'exposé desquelles je ne pénétrerai que si les nécessités de mon sujet m'y contraignent.

Je m'en tiens donc à la preuve de l'identité. A quelles conditions cette preuve sera-t-elle reçue? Par quels moyens pourra-t-elle se faire?

Pour être admis à établir son identité, dans le cas de recherche de la maternité, il faut fournir un commencement de preuve par écrit, aux termes de l'art. 341.

<sup>1</sup> Demolombe, t. V, n° 501, *in fine*, et Demante *Cours*, t. II, n° 70 bis, II.

<sup>2</sup> Loqué, t. VI, p. 126.

<sup>3</sup> Toullier, t. II, 942, 943.

Cette exigence du législateur se justifie pleinement, si l'on considère qu'il n'y aura pas seulement dans ce moyen préalable une garantie contre les dangers de la preuve testimoniale; elle doit servir encore à justifier le droit qu'a l'enfant prétendu à établir sa filiation. C'est, je ne saurais trop le répéter, la satisfaction donnée à ce principe que « l'intérêt est la mesure des actions », principe dont la jurisprudence a fait une application si sévère en décidant que seul l'enfant naturel a qualité pour rechercher sa maternité.

Néanmoins l'art. 341 a prêté sur ce point à certaines difficultés. Ce texte, d'une rédaction défectueuse, semble avoir confondu en une seule la preuve de l'identité et celle de l'accouchement; de plus, dans son 2<sup>e</sup> alinéa, il ne parle que d'un seul commencement de preuve par écrit. Aussi a-t-on pu soutenir que ce commencement de preuve ne se rapporte qu'à l'accouchement, et n'est point nécessaire pour l'identité. On appuie cette solution sur des considérations pratiques : le commencement de preuve par écrit de l'accouchement constitue, dit-on, une garantie absolument suffisante : c'est là en effet qu'est la preuve scandaleuse et de nature à porter atteinte à l'honneur de la prétendue mère, c'est donc pour celle-là et non pour celle de l'identité qu'il est utile de prendre des précautions. N'est-ce pas d'ailleurs ce qu'a voulu l'art. 341? Quelle pourrait être cette preuve écrite de l'identité? Comment ce fait pourrait-il être établi par un papier, qu'on a pu dérober, par l'écriture dont les caractères s'altèrent et se modifient?

Ce raisonnement me touche peu : on veut éviter un scandale, est-ce par ce qu'il y aura un commencement de preuve écrite de l'accouchement qu'on y pourra parvenir? Le scandale, il est inévitable si l'on admet la recherche; ce qu'il faut éviter, c'est qu'il soit inutile. Or, pour cela, la première chose à exiger c'est que celui qui va le provoquer justifie de son droit à le faire. Quant à l'obscurité des termes de l'art. 341, elle ne profite pas plus à l'opinion opposée qu'à celle que je défends; bien plus, ce texte ne parlant en réalité que de la preuve de l'identité, on a pu soutenir que l'accouchement n'exigeait pas de commencement de preuve par écrit (ce que je ne saurais admettre d'ailleurs). On



ne peut donc tirer argument de l'art. 341. La difficulté de se procurer l'écrit établissant l'identité n'est pas non plus de nature à nous arrêter; elle est réelle, mais il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit encore que de rendre l'identité vraisemblable; la pratique a révélé qu'il n'y avait pas là une impossibilité, et je le démontrerai en indiquant des écrits qui atteignent le but proposé.

Nous exigerons donc un commencement de preuve par écrit.

Tout en admettant ce principe, on a proposé une distinction assez subtile<sup>1</sup>. Si l'on suppose que Primus produise un écrit tendant à prouver son identité avec l'enfant dont une femme est accouchée, mais que l'on vienne contester que cet écrit s'applique à lui, Primus, il faudra distinguer : 1° la preuve de l'identité de Primus, et de la personne désignée dans l'écrit, 2° celle de Primus et de l'enfant à l'état duquel il prétend avoir droit. La première de ces preuves se fera par témoins, la seconde seule tombera sous l'application de l'art. 341. Cette distinction me paraît superflue. Si l'écrit produit ne contient pas dans son contexte même la preuve qu'il s'applique à lui, ou tout au moins s'il n'est pas vraisemblable qu'il s'applique à sa personne, il ne constitue pas le commencement de preuve requis et ne peut servir à l'admission de la preuve testimoniale. D'ailleurs s'il est vrai de dire qu'on ne peut jamais affirmer d'une façon absolue qu'un écrit s'applique à une personne déterminée, il convient d'ajouter que l'on doit en cette matière se contenter de contenter de sérieuses présomptions. Les témoignages eux-mêmes peuvent être trompeurs, même en supposant la bonne foi des témoins; il ne faut pas demander plus que le possible, or, je l'ai déjà dit, la certitude absolue en matière d'identité ne saurait être atteinte. Il n'y a donc pas à s'arrêter à cette dernière objection.

Mais je n'en ai pas fini avec les systèmes dissidents. J'ai déjà dit un mot de la possession d'état : Demolombe y trouve la preuve complète de l'identité, et ce n'est là qu'un des côtés de son système général sur la possession d'état. En logique pure, celui qui démontre qu'il a joui jusqu'alors des attributs d'une certaine filiation : *nomen, tractatus, fama*, est fondé à dire qu'il a établi son identité : si l'on suppose, en outre, qu'il fournisse un com-

<sup>1</sup> Aubry et Rau, t. VI, § 571, note 25.

mencement de preuve par écrit de l'accouchement et propose de la compléter par les témoignages, pourquoi exiger quelque chose de plus? Pourquoi ajouter cette condition si difficile à réaliser d'un commencement de preuve écrite de l'identité? N'est-ce pas se montrer plus sévère que de raison? — Cette sévérité, je ne saurais la méconnaître, mais je crois que le législateur l'a voulue. La possession d'état est bien certainement un moyen efficace d'établir l'identité; mais cette preuve, si concluante qu'elle soit, n'en doit pas moins tomber sous l'application de l'art. 341; il y a là une raison qui me paraît préemptoire, la nécessité d'établir par un commencement de preuve par écrit son droit à l'exercice de l'action, en raison de sa qualité présumée d'enfant. Je veux bien concéder qu'en tant qu'il s'agisse d'établir la possession d'état la preuve testimoniale présente peu de dangers, mais il n'y a pas moins intérêt à exiger que celui qui veut entreprendre cette preuve, justifie de son droit à le faire.

On a proposé une sorte de transanction entre ce système absolu et celui que je défends, transaction qui consisterait à admettre la preuve de l'identité par la possession d'état, moyennant l'adjonction d'un acte de naissance ou de reconnaissance conforme à titre de commencement de preuve écrite. Il y a dans ce système je ne sais quel vague souvenir de celui dans lequel on prétend appliquer l'art. 322 à la filiation naturelle. Au surplus il me paraît aussi en contradiction avec les principes que celui qu'il prétend corriger: l'acte de naissance ou de reconnaissance ne peut aucunement préparer la preuve de l'identité, et par suite peu importe qu'ils accompagnent ou non la possession d'état.

Ces différents systèmes écartés, nous restons en présence du principe, la preuve de l'identité doit être précédée d'un commencement de preuve par écrit.

Mais quel sera ce commencement de preuve? Il y a dans le Code civil deux textes qui définissent le commencement de preuve par écrit: l'art. 324 et l'art. 1347. Pour l'un comme pour l'autre il consiste dans un écrit qui rend vraisemblable le fait allégué; seulement l'art. 1347 exige que cet écrit émane de la partie à qui on l'oppose, tandis que l'art. 324 se contente des actes émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait

intérêt, si elle était vivante. Le premier de ces textes a été écrit pour la preuve des obligations, le second pour celle de la filiation légitime : auquel des deux renvoie l'art. 341? On conçoit l'intérêt de la question : l'art. 324 est bien plus large que l'article 1347; on a même pu dire, sans aucune exagération, que l'application de ce dernier texte rendrait bien souvent impossible la recherche de la maternité : exiger un écrit de la main de la mère qui n'a pas voulu reconnaître son enfant, qui bien souvent sera illettrée, ou encore d'une autre personne qui vient précisément aujourd'hui contester cette filiation, c'est créer un obstacle infranchissable à la preuve proposée. Voilà une considération grave en faveur de l'application de l'art. 324. Mais à côté voici l'objection : l'art. 324 a été écrit pour la filiation légitime, or il est de principe que les règles, faites pour ces privilégiés de la loi, ne sauraient s'appliquer à ceux qu'elle a frappés de ses rigueurs. L'art. 1347 renferme la règle de droit commun, c'est donc à ce texte qu'il convient de se référer. Je ne méconnais point qu'en principe il faut soigneusement se garder d'appliquer à la filiation naturelle les textes qui ont été écrits pour la filiation légitime, c'est ainsi que je n'hésiterai point à écarter l'application de l'art. 323 qui permet de remplacer le commencement de preuve écrite par les présomptions graves; mais n'y a-t-il pas lieu de déroger ici à ce principe sévère? J'en suis convaincu. Ne paraît-il pas évident qu'en exigeant un commencement de preuve écrite dans l'art. 341 le législateur a voulu s'en référer à celui de l'art. 324, plutôt qu'à celui de l'art. 1347, qui n'était pas encore rédigé? Que l'art. 1347 ait consacré un principe rationnel et de droit ancien, je ne le nie pas; mais qu'importe s'il apparaît, ce qui est manifeste, que le législateur, dans l'art. 341, n'a pu songer qu'à la définition qu'il venait de donner quelques textes auparavant. Le sens de l'art. 341 paraît donc bien formel, et d'ailleurs la jurisprudence, ayant à résoudre cette question tant pour la preuve de l'accouchement que pour celle de l'identité, n'a pas hésité à faire l'application de l'art. 324<sup>1</sup>.

Je puis désormais donner un aperçu des différents actes qui

<sup>1</sup> L'arrêt le plus récent, à ma connaissance, est de Douai, 29 janvier 1879 (Sir. 79. II. 195). *Addete* : Cassation, 23 nov. 1868 (D. P. 69. 1. 27).

peuvent servir de commencement de preuve par écrit. Ces actes doivent réaliser deux conditions :

1<sup>o</sup> Emaner d'une personne qui soit partie au procès ou qui y eût été intéressée, si elle eut été vivante.

2<sup>o</sup> Rendre vraisemblable l'identité de l'enfant et du demandeur.

Peu importera d'ailleurs que cet écrit se rapporte à la fois à l'identité et à l'accouchement : le même acte pourra servir alors à préparer l'une et l'autre preuve et ce sera tout profit. Mais je ne m'attache à l'étudier en ce moment qu'en ce qui touche celle de l'identité.

Dans cet ordre d'idées, une correspondance suivie, échangée entre la prétendue mère et le demandeur ou des tiers chez lesquels il vit, ou a été élevé, atteindra parfaitement le but demandé. Toutefois si l'enfant n'est pas le destinataire des lettres missives, il n'en pourrait user sans l'autorisation de celui-ci, qui en est le propriétaire<sup>1</sup>. Peu importerait que ces lettres aient été écrites par la mère, après avoir contracté une union légitime, il ne s'agit point ici d'une reconnaissance et l'art. 337 me paraît inapplicable.

Nous trouverons encore le commencement de preuve exigé dans le cas, plus dramatique, où un enfant ayant été abandonné, un morceau de papier, attaché à ses langes, porte de la main de sa mère les noms et prénoms à lui donner<sup>2</sup>. En fait l'origine de l'écriture était démontrée par une lettre adressée par la mère à la sage-femme, contenant l'aveu de sa maternité et fournissant le commencement de preuve par écrit de l'accouchement.

Enfin on a décidé que le consentement donné par une femme, devant le maire, à l'engagement militaire de l'enfant naturel, qu'elle déclarait être son fils, rapproché de l'acte de naissance où elle a été déclarée sa mère par l'accoucheuse, constitue la preuve complète de l'identité<sup>3</sup>. Je crois qu'il eût fallu dire « de la maternité », car l'acte de naissance ne peut être invoqué, même dans ce cas, que pour faire la preuve de l'accouchement. La

<sup>1</sup> Cassation, 20 juillet 1880 (D. P. 81. I. 179).

<sup>2</sup> Paris, 11 février 1850. (D. P. 50. I. 209).

<sup>3</sup> Limoges, 7, décembre 1886 (Sir. 87. II. 29).

jurisprudence ne l'a jamais admis pour faire preuve de l'identité <sup>1</sup>.

Ces quelques exemples suffiront pour faire comprendre ce que que doit être le commencement de preuve par écrit de l'identité. Cette condition étant remplie l'enfant sera admis à faire par témoins la preuve proposée, il pourra établir qu'il a joui de la possession d'état, preuve très concluante en ce qui touche l'identité <sup>2</sup>, ou s'y prendre de toute autre manière qu'il jugera utile, suivant les circonstances.

On sait que l'art. 340 autorise exceptionnellement la recherche de la paternité au cas d'enlèvement; mais il est muet sur les règles qui doivent présider à cette recherche et sur les procédés à mettre en œuvre pour la preuve. Il est donc très-difficile de dire comment devra se faire celle de l'identité.

Quand la recherche sera faite par la mère elle-même, ce qui arrivera assez souvent, la question d'identité ne se posera probablement pas; la preuve de l'identité découlera naturellement de celle de l'enlèvement, laquelle peut se faire par tous les moyens et sans commencement de preuve par écrit. — La question devient plus délicate, si la recherche est exercée par l'enfant, car, après avoir démontré l'enlèvement, il lui reste encore à établir son identité. Je crois qu'on pourrait appliquer ici par analogie et même par *a fortiori* les règles de l'art. 341. La preuve de la paternité n'exige pas moins de précautions préalables que celle de la maternité, elle présente bien plus de dangers. Je crois donc pouvoir m'en référer sur ce point à la théorie que j'ai précédemment exposée.

Je puis la résumer toute entière dans deux formules :

1<sup>o</sup> Quand le fait de la génération est déjà établi, soit par un acte de reconnaissance, soit de toute manière, la preuve de l'identité échappe à l'application des art. 340 et 341 et peut se faire sans commencement de preuve par écrit.

2<sup>o</sup> Quand il y a lieu à recherche de la maternité, ou même de la paternité, la preuve de l'identité est régie par l'art. 341 et exige un commencement de preuve par écrit.

<sup>1</sup> Arrêt le plus récent à ma connaissance, Poitiers, 8 juin 1880 (D. P. 80. II. 78).

<sup>2</sup> Laurent, t. IV, n<sup>o</sup> 13, *in medio*.

Qu'il me soit enfin permis de clore la série de ces quelques observations par l'expression d'un vœu qui s'adresse au législateur : si jamais on entreprend et si l'on réussit à opérer le remaniement, devenu si nécessaire, des règles sur la preuve de la filiation naturelle, puisse-t-on y réserver une plus large place à celle de l'identité et faire cesser, par l'expression de principes clairs et logiques, la confusion et l'obscurité, qui régissent encore dans cette matière.

ALFRED JARRASSÉ. ♦

### LE LOUAGE DE SERVICES ET LA RESPONSABILITÉ DES PATRONS,

Par M. Marc GÉRARD, avocat.

Un article publié récemment dans la *Revue des Deux-Mondes* n° du 15 mars 1888) a attiré de nouveau l'attention sur les relations juridiques des patrons et des ouvriers. Cet article dû à la plume d'un magistrat membre de l'Institut, M. Arthur Desjardins, contient un paragraphe spécialement réservé à la discussion de la question de savoir quelle est la preuve à faire par l'ouvrier, dans le cas où celui-ci, victime d'un accident causé par son travail, demande à son patron de l'indemniser du préjudice éprouvé par lui. M. Desjardins défend sur ce point la solution adoptée par la jurisprudence, et adresse de vives critiques à la doctrine au sujet de ses tendances nouvelles. Nous voudrions laver de ces critiques la théorie soutenue par MM. Labbé, Sauzet, Sainctelette.

Pour M. Desjardins, l'ouvrier blessé n'a droit à une indemnité, que s'il est en mesure d'établir que l'accident provient de la faute ou de la négligence de son patron; et cette décision, il la motive de la façon suivante : le demandeur doit justifier sa prétention; or celui qui est lésé par la faute ou par la négligence d'autrui a droit à une indemnité, mais pour l'obtenir en justice, il doit, conformément aux principes généraux en matière de preuve, démontrer l'existence de son droit à cette indemnité, c'est-à-dire prouver, puisque la faute ne se présume pas, qu'une faute ou qu'une négligence est imputable au défendeur. Et il en est ainsi, que les plaideurs soient ou non liés par un contrat, car il n'y a pas deux sortes de fautes, l'une *délictuelle*, et l'autre *contrac-*

*tuelle*, il n'y en a qu'une, la faute *délictuelle*, que prévoit l'art. 1382, article auquel on ne peut déroger par convention, parce qu'il est d'ordre public.

Nous admettons parfaitement, avec M. Desjardins, que toute responsabilité a son fondement dans l'art. 1382. On n'est en effet responsable vis-à-vis d'autrui, que lorsqu'on viole le droit d'autrui, ou, ce qui revient au même, quand on manque à une obligation dont on est tenu vis-à-vis d'autrui. Cette obligation, elle ne peut être née que de la loi ou de la convention. Or quand deux individus sont liés par un contrat, et que l'un d'eux n'exécute pas ce à quoi il s'est obligé, il cause ainsi un préjudice à son co-contractant, et sa responsabilité se trouve dès lors engagée vis-à-vis de celui-ci. Mais cette responsabilité n'a pas son fondement dans le contrat; le contrat n'en est pas la cause directe, immédiate, il n'en est que la cause médiante et indirecte. La source de la responsabilité, c'est l'inexécution du contrat par la faute ou la négligence de l'obligé; c'est un fait, et non pas un acte juridique; art. 1382, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Mais il n'est cependant pas indifférent de savoir si le droit à l'indemnité est né de l'inexécution d'un contrat, ou de tout autre fait, et notamment au point de vue suivant : celui qui s'est obligé par contrat à faire ou à ne pas faire une chose, est tenu d'indemniser son co-contractant, si par sa faute ou sa négligence il n'exécute pas son obligation. Mais tandis que, dans le cas où la responsabilité est engagée par un fait autre que l'inexécution d'une obligation contractuelle, la faute ne se présume pas, et le demandeur doit en faire la preuve; dans notre hypothèse au contraire la faute se présume, et le cas fortuit doit être prouvé (V. art. 1147), de telle sorte que le demandeur à l'indemnité n'a qu'une chose à établir, l'inexécution du contrat.

Et alors si, pour en revenir à notre espèce, l'accident arrivé à l'ouvrier constituait de la part du patron une inexécution des obligations résultant à sa charge du contrat de louage, l'ouvrier n'aurait pour établir son droit à une indemnité, qu'à faire la preuve de l'accident, et le patron ne pourrait se libérer qu'en

démontrant le cas fortuit ou la force majeure, ou encore la faute de l'ouvrier.

Voyons donc si l'accident ne constitue pas de la part du patron une inexécution de ses obligations contractuelles.

Il ne pourrait en être ainsi, dit M. Desjardins, que si le contrat de louage renfermait implicitement un contrat d'assurance contre les accidents, ou si le patron s'était obligé expressément à prémunir l'ouvrier contre toute espèce d'accidents; or le louage de services n'implique point ce contrat accessoire, et ne contient pas cette clause expresse.

Il n'y a point dans le louage de services un contrat d'assurance contre les accidents; sur ce point nous sommes d'accord avec M. Desjardins. Mais ce que nous soutenons, c'est qu'il s'y trouve, pour parler comme M. Saintelette, une promesse tacite de sécurité faite par le patron à l'ouvrier.

Le patron en effet est tenu de prendre toutes les mesures susceptibles de prévenir les accidents. Cette obligation est mise à sa charge par une foule de documents législatifs, notamment par l'art. 6 du décret du 3 janvier 1813 contenant des dispositions de police relatives aux mines; — par un décret des 22 novembre et 23 décembre 1861 relatif à l'exploitation de carrières; — par l'art. 14 de la loi des 19 mai 3 juin 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employées dans l'industrie.

Et cette obligation de prendre toutes les mesures qui sont de nature à sauvegarder la santé et la vie de ceux qu'il emploie, le patron en est tenu vis-à-vis de l'ouvrier de par une clause tacite de son contrat. Il suffit, pour s'en convaincre, de voir comment les choses se passent. L'ouvrier qui veut louer ses services, va trouver un patron, et lui fait ses offres; si le patron les accepte, le contrat est formé, et l'ouvrier se met immédiatement au travail. Il choisit son atelier, soit, mais il ne le connaît pas, et il ne peut pas le connaître, car l'ouvrier qui veut entrer dans une usine, n'a pas le moyen d'attendre qu'un architecte ou qu'un ingénieur lui ait fourni des renseignements sur les dangers que sa vie va y courir. Il entre à l'usine les yeux fermés, — légitimement fondé à croire que le patron, se conformant à la loi, a pris et prendra toutes les mesures destinées à prévenir les accidents,



et dans cette croyance il a accepté le salaire alloué aux autres ouvriers de la région exerçant la même profession que lui. Et ce fait qu'il a accepté ce salaire, et ce fait que le patron, ne pouvant ignorer les conditions dans lesquelles l'ouvrier se présentait à lui, a promis ce même salaire, impliquent qu'il a été tacitement convenu que le patron avait pris et prendrait toutes les mesures destinées à protéger la vie de ses ouvriers. — Il n'y a là qu'une présomption, soit ; mais c'est une présomption qui a pour elle la vraisemblance et l'équité ; et aux termes de l'art. 1135, les conventions obligent non-seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

A cette argumentation, M. Desjardins répond de la façon suivante : dire que le patron a fait une promesse de sécurité, c'est interpréter le pacte au rebours de l'intention commune et du bon sens ; l'ouvrier se soumet au contraire à toutes les chances d'accident inséparables du travail auquel il se livre ; — et ce qui le prouve, c'est que, plus le travail est périlleux, mieux il est rétribué. — Et bien, admettons pour un instant la façon de raisonner de M. Desjardins, et voyons où elle conduit ; or elle mène à cette conclusion que, à supposer des ouvriers exerçant des métiers qui présentent des dangers de gravités différentes, les salaires de ces ouvriers doivent être égaux, si les patrons leur font une promesse expresse de sécurité, sans les garantir toutefois contre les accidents provenant de ces fortuits ou de force majeure ; — et cette conclusion est absolument fautive ; car, les ouvriers, malgré cette promesse expresse de sécurité, continuent à répondre de leurs négligences, et à porter la charge des cas fortuits ; or il est des industries où les cas fortuits sont plus fréquents, et où les négligences ont des conséquences plus graves que dans d'autres ; et il est évident que les salaires seront proportionnés à ces risques. — La différence dans le taux des salaires ne prouve donc point que le patron n'a pas promis de sécurité à l'ouvrier<sup>1</sup>.

Mais alors, dit M. Desjardins, à supposer que cette promesse de sécurité existe, elle ne saurait être unilatérale. — Pourquoi ?

<sup>1</sup> Tout cela a été parfaitement démontré par M. Sauzet.

M. Desjardins ne le dit pas. Quant à nous, nous n'apercevons pas la nécessité de cette déduction. Tout le monde admet, la jurisprudence, comme la doctrine, que les compagnies de chemins de fer s'obligent implicitement vis-à-vis de leurs voyageurs à les préserver contre toute espèce d'accidents ; et jamais nous n'avons entendu soutenir que cet engagement fût réciproque.

Au reste, M. Desjardins ne s'en tient pas là ; selon lui, la théorie que nous défendons aurait au point de vue social des conséquences désastreuses. Si la responsabilité dérive du contrat, dit-il, le patron peut s'affranchir de ses fautes très légères, il peut aller jusqu'à stipuler son irresponsabilité. — C'est là une affirmation purement gratuite. La responsabilité, nous l'avons établi plus haut, naît de l'inexécution d'une obligation légale, ou de celle d'une obligation conventionnelle. Dans ce dernier cas, la convention créant l'obligation, peut la réduire ou l'aggraver, ou bien l'éteindre ; et par là même indirectement, elle supprime la responsabilité, ou elle en modifie l'étendue. Les obligations légales, elles, ont été établies dans l'intérêt général, elles sont d'ordre public ; la convention est donc impuissante à les réduire ou à les supprimer. Mais rien ne s'oppose à ce qu'elles soient insérées dans un contrat, pourvu qu'elles le soient dans les termes où la loi les formule ; on n'a jamais le droit de tuer ou de blesser quelqu'un, mais on peut parfaitement promettre à quelqu'un qu'on ne le tuera ni le blessera, tandis qu'on ne pourrait se réserver le droit de le blesser ou de le tuer par négligence impunément. Et bien, quand le patron promet la sécurité à ses ouvriers, il leur garantit simplement qu'aucun accident ne leur arrivera par sa faute ou sa négligence. Cette promesse, il peut ne pas la faire (et alors l'ouvrier blessé doit prouver la faute ou la négligence de son patron) ; — mais s'il l'a fait, il ne peut en modifier l'étendue, parce qu'elle n'est que la substance d'une obligation légale. L'erreur commise par M. Desjardins provient de ce qu'il se figure que dans la théorie de la responsabilité contractuelle, le patron n'est tenu de ne point commettre de négligences ou de fautes, que parce qu'il s'y est engagé.

Cette théorie ne met donc pas les ouvriers à la merci des patrons, et les craintes de M. Desjardins sur ce point ne sont donc

pas justifiées. — Elles le sont tout aussi peu lorsque M. Desjardins déclare que cette théorie, par ses conséquences, place les industriels dans une situation des plus fâcheuses, et nous menace d'une grève des patrons. — C'est là de l'exagération toute pure. Si les patrons en effet ne pouvaient dégager leur responsabilité qu'en prouvant la faute de l'ouvrier, leur situation serait, nous en convenons, assez précaire. Mais il ne faut pas oublier qu'ils sont poursuivis pour inexécution d'une obligation contractuelle; dès lors il leur suffit, comme à tout débiteur contractuel, pour se libérer, de démontrer que la cause de l'inexécution de leur obligation ne leur est pas imputable (art. 1147), que par exemple l'accident provient d'un cas fortuit, ou d'un cas de force majeure ou d'une cause que, étant donné l'état de la science, il était impossible de conjurer; — or, cette preuve sera relativement facile à faire. — Mais alors, dit M. Desjardins, vous imposez au patron la charge des accidents, leurs causes connues! — C'est possible, mais en somme il faut bien que quelqu'un les supporte; et puis théoriquement nous ne voyons pas qu'il soit plus équitable d'en rendre responsable les ouvriers plutôt que les patrons.

Au reste que la théorie que nous défendons porte préjudice aux patrons, ou qu'elle leur profite, c'est un point dont nous nous soucions fort peu. Il vaut mieux, croyons-nous, lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi, éloigner de son esprit des préoccupations de ce genre; car on croit facilement ce qui vous plaît, et l'on voit aisément ce que l'on désire, et le meilleur moyen de raisonner sainement est de se soustraire autant que faire se peut à l'influence du sentiment et de la passion. **MARC GÉRARD.**

---

#### PRIX WOLOWSKI.

En vertu de la fondation Wolowski, l'Académie des sciences morales et politiques avait à décerner en 1888 un prix au meilleur ouvrage de droit publié dans les six dernières années. Neuf ouvrages avaient été présentés au concours.

Dans sa séance du 29 avril dernier, après avoir entendu le rapport présenté par M. Léon Aucoc, au nom des sections de législation et d'économie politique, l'Académie a décerné le prix

à MM. Charles Lyon-Caen et Louis Renault, professeurs à la Faculté de droit de Paris et à l'École libre des sciences politiques, pour leur *Précis de droit commercial*.

Elle a, en outre, décerné trois récompenses.

La première, de 1.000 francs, à M. André Weiss, professeur agrégé à la Faculté de Dijon, pour son *Traité élémentaire de droit international privé*, les deux autres de 500 francs à M. Ernest Lehr pour ses *Éléments de droit civil anglais* et à M. Edmond Villey, professeur à la Faculté de droit de Caen, pour son *Précis d'un cours de droit criminel*.

---

L'Éditeur-Gérant : F. PICHON.

---

## EXAMEN DOCTRINAL

## JURISPRUDENCE COMMERCIALE

(Année judiciaire, 1886-1887),

Par M. Henry BONFILS, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Les lecteurs de la Revue ne s'étonneront pas de nous voir nous conformer à la méthode adoptée par notre savant prédécesseur dans cet examen annuel de la jurisprudence commerciale. Ils en ont apprécié les avantages et ne nous pardonneraient pas d'oublier que réformer et améliorer ne sont pas synonymes.

Signalons donc, sans y insister, les arrêts de la Cour de cassation, qui touchent à des controverses déjà exposées dans les dissertations antérieurement insérées dans la Revue.

1° Avec la majorité des arrêts de Cours d'appel, M. Thaller avait pensé que la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme n'avait pas d'effet rétroactif. Son argumentation irréfutable démontrait que cette loi respectait les situations juridiques formées avant sa promulgation. La même thèse était soutenue dans un de ces dissertations si remarquables dont M. Labbé enrichit le *Recueil des arrêts de Sirey* (Sir. 1886. 2. 1.). — La Cour de cassation a adopté l'opinion de nos savants collègues (Req. 18 avril 1887. — Sir. 1887. 1. 157). Le débat est clos. La question, transitoire du reste, cessera bientôt d'être possible.

2° Les règles de compétence, édictées par l'art. 420, Pr. civ., ne doivent pas être restreintes au cas de vente, de livraison et de paiement des marchandises. Ce texte, par la généralité de sa disposition, s'applique à tous les contrats commerciaux et notamment au mandat et au louage de services. Telle est l'interprétation qui, malgré une assez vive controverse, tend à dominer en jurisprudence. La Chambre des requêtes, qui avait d'abord refusé d'appliquer l'art. 420, P. civ., au cas d'exécution de mandat (arrêts du 18 février 1862 et 5 mai 1880), paraît avoir définitivement répudié une restriction peu justifiée et maintient par l'arrêt du 21 février 1887 (Sir. 1887. 1. 119) l'interprétation plus large et plus juste qu'avaient déjà admise les arrêts des 29 janvier 1883, 1<sup>er</sup> décembre et 16 juillet 1884.

§ 1<sup>er</sup>. — SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

Le rachat de ses propres actions réalisé par une société à l'aide de son capital est-il radicalement nul? — Le vendeur de bonne foi, qui a ignoré et n'a pu connaître la personne de l'acheteur, est-il tenu à la restitution du prix? — La nullité de la cession de ses actions opérée par une société peut-elle être invoquée par les cessionnaires contre les créanciers sociaux? — Paris, 4 janvier et 5 mars 1887. — Civ. cass., 3 janvier 1887 et civ. rej. 3 janvier 1887 (Sir. 1887. 1. 269).

Deux arrêts rendus en sens opposés, les 4 janvier et 5 mars 1887, par la Cour de Paris, ont de nouveau résolu la question de savoir si la nullité du rachat de ses propres actions, effectué par une société au moyen de son capital, oblige à la restitution du prix, l'actionnaire, vendeur de bonne foi, celui qui a ignoré en fait que l'acheteur était la société elle-même.

Relevons, en passant, que dans l'affaire jugée le 4 janvier 1887 la solution du litige ne dépendait pas de la nullité ou de la validité de l'achat fait par la société. En examinant ce point, la Cour de Paris s'était placée hors du procès. Comme l'a signalé la Chambre civile en cassant l'arrêt de la Cour d'appel, le 27 juin 1887 (Sir. 1888. 1. 49), il était superflu de rechercher le nom et la qualité de l'acheteur. Les actions, vendues par le souscripteur ou le cessionnaire intermédiaire, n'avaient pu être transformées en titres au porteur. La demande formée par le Comité Union avait pour objet le versement du complément d'actions non entièrement libérées. Dans ces circonstances, l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867 fournissait à lui seul la solution du procès.

Mais sur la question même des effets du rachat des actions à l'égard de l'actionnaire vendeur de bonne foi, le dissentiment continue d'exister à la fois dans la doctrine et dans la jurisprudence. — L'accord n'est fait que sur un seul point. Une société ne peut racheter ses actions qu'au moyen de ses bénéfices et à titre d'amortissement. Le capital social, sauf le cas de réduction régulièrement votée, ne peut être employé à ce rachat. — Si la société viole cette règle, sous-entendue, mais non explicitement édictée par la loi du 24 juillet 1867, quel est le caractère de la vente? Est-elle inexistante, ou annulable? — Nulle de plein droit, d'après quelques arrêts; radicalement nulle, d'après d'au-

tres ; nulle, dit simplement la Cour suprême dans les deux arrêts du 3 janvier 1887.

Quels termes vagues, élastiques, compréhensifs que ces mots *nul*, *nullité* ! Quel est le caractère et la portée de cette nullité ? — Est-elle d'ordre public, le crédit même de l'État, la fortune publique, la richesse générale étant intéressés à la prospérité des sociétés par actions, directement atteints par leurs désastres ? — Est-elle seulement d'intérêt privé, établie pour protéger les créanciers sociaux contre les agissements dangereux et nuisibles des administrateurs ? — Est-elle basée sur l'incapacité de l'acheteur, de la société, à devenir propriétaire de ses propres actions, ou sur une fraude commise contre les créanciers ? — L'action donnée à ceux-ci, représentés au cas de faillite de la société par un syndic (la question ne s'élève pas en fait tant que la société est prospère), est-elle l'action paulienne, comme paraît le penser notre éminent collègue, M. Labbé (Sir. 1888. 1. 49 *note*) ? Faut-il y voir, avec notre savant collaborateur, M. Lyon-Caen, une action en *recomblement* (Sir. 1882. 2. 124) ? — En quoi l'une des deux actions diffère-t-elle de l'autre ? — Du choix à faire, dépend la situation de l'actionnaire, vendeur de bonne foi.

Si la nullité est d'ordre public, elle peut être invoquée par toute personne ayant intérêt à la faire valoir, elle peut être opposée à tous, même au vendeur de bonne foi. Le vice ne peut être couvert par une confirmation. Nulle ratification postérieure, expresse ou implicite, n'est possible.

La société tombe en faillite : le syndic demandera la restitution du prix au vendeur, en échange de la remise de titres sans valeur. Au cas de mise en liquidation, le liquidateur aura le même droit. — La société a revendu les actions, non entièrement libérées, qu'elle avait indûment achetées ; elles les a même revendues avec bénéfice. Le syndic pourra demander le non-versé au vendeur. Vainement celui-ci alléguera-t-il qu'il a un recours en garantie contre l'acheteur de ses actions et que l'acheteur est la société elle-même. La société se dégagera de la garantie en invoquant la nullité de la vente.

Les cessionnaires, qui ont racheté à la société les actions, non entièrement libérées, par elle acquises et revendues, sont poursuivis par le syndic de la société depuis tombée en faillite. Il leur

demande le complément du montant de leurs actions. Ces cessionnaires invoquent le vice qui a infecté l'acquisition de leur auteur et qui rejaillit sur leur propre achat. Il est difficile de ne pas les écouter, si la nullité est d'ordre public. — La Cour de cassation rejette formellement leur prétention (Civ. rej. et Civ. cass., 3 janvier 1887). La nullité ne peut être invoquée par les cessionnaires de la société contre les créanciers sociaux, qui ont droit à l'intégrité du capital social, tel qu'il a été constitué par les statuts. Par leur acquisition, les cessionnaires sont devenus des associés. Prononcer la nullité de l'achat, comme celle de la revente, contre les créanciers, à la demande d'associés, serait méconnaître tous les principes qui ont présidé à la rédaction de la loi du 24 juillet 1867.

Donc, pour la Cour suprême, la nullité de l'achat de ses actions par une société ne tient pas à l'ordre public. Elle n'est relative qu'à l'intérêt privé, et qu'à l'intérêt des créanciers. C'est à leur profit, pour leur assurer un gage, que la loi a voulu la souscription intégrale et la publication du capital et de la liste des actionnaires; c'est pour eux qu'elle ordonne la restitution des dividendes fictifs, qu'elle prononce la nullité de toute société irrégulièrement constituée (art. 7, 41, 56, loi du 24 juillet 1867). Les créanciers ont seuls intérêt, par l'annulation du rachat, à reconstituer le capital en obligeant les vendeurs d'actions à restituer à la société le prix qu'elle leur a payé et à lui verser le complément du montant de leurs actions. Le capital social est leur gage; eux seuls peuvent critiquer les actes par lesquels le capital est amoindri en lui-même, dans son *quantum*, et leur gage partiellement détruit.

Si le désir de sauvegarder l'intérêt des créanciers a dicté les prescriptions légales relatives au capital social, la nullité du rachat des actions ne tient donc pas à une *incapacité* dont serait atteinte la société. Inutile dès lors de se demander si l'annulation d'un contrat pour cause d'incapacité de l'une des parties n'implique pas nécessairement la possibilité pour l'autre partie de vérifier l'aptitude de son co-contractant et de dispenser pour ce motif le vendeur de bonne foi de restituer son prix. — La société, encore *integrî status*, ne pourra pas demander la nullité de



l'opération. Est-elle mise en liquidation, le liquidateur ne le pourra pas davantage, du moins pour ceux qui, comme nous, ne voient dans le liquidateur que le mandataire des associés et non le représentant direct des créanciers, comme l'est le syndic d'une faillite. Mais on sait que la jurisprudence penche vers la solution opposée (Voir Paris, 28 avril 1887).

En *droit*, la nullité du rachat des actions ne peut être prononcée que dans l'intérêt des créanciers sociaux; elle ne peut être demandée que par eux. — En *fait*, elle n'est invoquée qu'après la mise en faillite (ou en liquidation) de la société : l'action est intentée par le syndic représentant la masse des créanciers.

Écartons l'hypothèse où le rachat des actions a été effectué pendant la période suspecte précédant la déclaration de faillite. Ce cas est réglé par l'art. 447, C. com. — N'ont pas à s'occuper de ce texte les personnes qui pensent que la vente est annulable, bien qu'au moment de sa conclusion la société fût *in bonis* et l'actionnaire vendeur de bonne foi. Admet-on au contraire que le rachat fait par la société n'est annulable qu'en vertu de l'article 1167, C. civ., l'art. 447, C. com., régira le cas où l'achat s'est accompli pendant la période suspecte.

La nullité du rachat des actions a pour cause l'atteinte portée au gage des créanciers. Ne faut-il pas que cette diminution de leur gage se produise dans les conditions exigées pour la recevabilité de l'action paulienne? La Cour de Paris le pensait, le 4 janvier 1887. — La fraude doit s'unir au préjudice. Elle existera toujours du chef de la société ou de son prête-nom : mais elle est inconciliable avec l'ignorance du vendeur qui n'a pas connu la qualité de son acheteur. Ce vendeur ne sera pas responsable. L'équité est satisfaite. Ce vendeur ne subit pas un dommage contre l'éventualité duquel il lui était impossible de se prémunir. — L'intérêt des créanciers sociaux est, il est vrai, atteint sans remède : mais n'en est-il pas de même toutes les fois que les créanciers d'un débiteur frauduleux se trouvent en présence de tiers de bonne foi ayant traité à titre onéreux? Il est difficile d'apercevoir la raison pour laquelle, au cas d'action paulienne, les créanciers d'une société par actions seraient mieux traités que ceux de tout autre débiteur.

Mais l'application de l'art. 1167 est repoussée par plusieurs jurisconsultes. — Les créanciers sociaux, pris en masse, *in globo*, ont une action directe contre les actionnaires pour les contraindre à verser le montant de leurs actions. Au cas où un actionnaire serait directement remboursé, les créanciers n'auraient pas besoin de recourir à l'action paulienne pour obliger l'actionnaire à reverser ce qu'il aurait repris. Le remboursement indirect, qui se dissimule sous l'apparence d'une vente, ne saurait être traité autrement. — En outre, les administrateurs ont commis une faute en rachetant les actions de la société. Envers les tiers, les actionnaires répondent, dans la limite du montant de leurs actions, des fautes des administrateurs, leurs mandataires. La bonne foi de l'actionnaire vendeur, c'est-à-dire, l'ignorance où il est de la qualité de son acheteur, ne peut l'autoriser à se soustraire aux engagements qu'il a implicitement contractés envers les créanciers sociaux, par le seul fait de son entrée dans la société.

Cette solution est peut-être logiquement déduite du principe posé ; mais elle froisse l'équité ; elle révolte le sens commun. — Quoi, cet actionnaire s'est adressé à un agent de change, tenu au secret professionnel, lequel a vendu à un autre agent, soumis à la même obligation. Celui-ci peut soupçonner peut-être quel acquéreur réel se dissimule derrière la personne qui lui a donné l'ordre d'achat. Mais le premier ne connaît que son confrère et l'actionnaire vendeur ne peut jamais connaître l'acheteur. Cependant selon que cet acheteur sera la société ou un tiers quelconque, son contrat sera annulé ou indestructible. Comment se prémunir contre cet *alea*? Nul moyen. Et si l'acheteur a été la société, l'actionnaire sera tenu de restituer le prix de vente, de reprendre ses titres dépréciés, avilis par les manœuvres mêmes d'une société que la faillite a bientôt terrassée. L'actionnaire aura un recours, il est vrai : contre l'agent de l'acheteur, mais à la condition difficile de prouver que cet agent savait acheter pour le compte de la société, — contre les administrateurs, qui auront mis leurs fortunes à l'abri des saisies, — contre l'employé subalterne, insolvable, qui a prêté son nom à des chefs de l'humeur desquels dépendait une modeste position. Recours inutile, inefficace.

Qui osera vendre aujourd'hui avec quelque tranquillité d'esprit

les actions de telle ou telle société, alors que presque toutes se laissent entraîner à spéculer sur leurs actions pour maintenir une hausse factice ou ralentir une baisse trop accentuée? Une théorie, qui enlève toute sécurité au vendeur d'actions de sociétés, ne saurait être longtemps appliquée, sans causer de réels dommages. Le législateur doit intervenir. Il l'a promis. L'art. 33 du projet de loi voté par le Sénat apporte une réelle amélioration et mettra fin à la divergence que révèlent les arrêts des Cours. — Il interdit expressément aux sociétés l'achat de leurs propres actions, en principe. Il détermine les cas exceptés. Il ne permet pas d'invoquer la nullité de l'opération à l'encontre du vendeur de bonne foi. Mais le projet dort dans les cartons de la Chambre. En attendant, les capitalistes, qui apportaient jadis leurs fonds avec une hâte irréflectie, hésiteront à entrer dans des sociétés d'où ils ne seront plus assurés de pouvoir définitivement sortir.

## § 2. — TRANSPORT. — CHEMIN DE FER.

Les compagnies de chemins de fer ne peuvent, ni expressément, ni tacitement, renoncer aux délais de transport qui leur sont impartis. — Cass. chambres réunies, 8 décembre 1886 (Sir. 1887. 1. 228).

Depuis longtemps déjà la Cour de cassation a affirmé le caractère obligatoire des délais réglementaires, fixés par arrêtés ministériels, tant pour l'expédition que pour la livraison des marchandises par les compagnies de chemins de fer. Les arrêts rendus par elle, dans un espace de trente années, forment une jurisprudence qui devait paraître irréfragable. Néanmoins des tribunaux de commerce ont, récemment, refusé de s'incliner devant les décisions de la Cour suprême, notamment celui de Grasse (16 mai 1884) auquel avait été renvoyé le litige, qui avait provoqué, le 13 février 1883, la cassation du jugement rendu par le tribunal de commerce de Nice, le 14 septembre 1881.

La question ne pouvait cependant soulever de réelle difficulté. La fixation des délais par les règlements administratifs est obligatoire. On ne peut y déroger par des conventions contraires, formelles ou implicites. Les compagnies ont le droit d'opposer au public, qui de son côté, peut s'en prévaloir contre elles, les heures déterminées de l'ouverture et de la fermeture de leurs

gares. Elles peuvent refuser de recevoir les marchandises qui leur sont apprtées, en un moment où les gares sont légalement fermées, d'après les arrêtés ministériels. — En fait, les Compagnies acceptent parfois des marchandises amenées après l'heure de la fermeture, les mettent en route par un train partant plus tôt que celui indiqué par l'arrêté. En agissant ainsi, perdent elles totalement leurs droits aux délais réglementaires? — Certains tribunaux de commerce sont enclins à le penser. Ils se trompent entièrement. Ils confondent l'usage d'une simple *faculté*, qui a dû être nécessairement laissée aux Compagnies de chemins de fer, avec l'exercice d'un *droit*, qui leur est attribué à la fois dans l'intérêt général et dans l'intérêt de leur exploitation industrielle. — Les Compagnies ne sont pas obligées d'épuiser chaque fois les délais accordés par la loi pour effectuer leurs transports. Quand les circonstances le permettent, quand le nombre des expéditions à opérer est restreint, quand les gares ne sont pas encombrées, etc., ces délais peuvent être abrégés.

Mais cette abréviation, facultative et purement casuelle, ne saurait impliquer renonciation pour l'avenir au droit conféré par es règlements. Mais dans l'usage de cette faculté, les Compagnies ne doivent pas faire acte de partialité, accorder à tels commerçants, pris isolément, un traitement qu'elles ne concéderaient pas à tous les expéditeurs indistinctement. — L'arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation, sur les conclusions conformes du premier avocat général, mettra sans doute fin à l'illégal résistance des tribunaux de commerce.

### § 3. — VENTE.

Dans la vente par filière, à défaut par le réceptionnaire de prendre livraison des marchandises, le livreur a-t-il une action directe et personnelle contre le premier acheteur? Civ. cass. 25 juillet 1887. — Civ. rej. 25 juillet 1887. *Gazette Palais*, 1887, p. 253.

La vente par filière est très usitée sur les places commerciales de Paris et de Marseille à l'égard de certaines marchandises, telles que sucres, alcools, etc. — L'une des espèces du genre des *ventes à livrer*, cette opération a donné naissance à de nombreux litiges, sur lesquels la Cour de Paris a dû statuer pendant

les années 1884, 1885 et 1886. Elle a aussi suscité les deux arrêts, l'un de rejet, l'autre de cassation, rendus par la Cour suprême, le 25 juillet 1887, après un examen approfondi des questions que les diverses Chambres de la Cour de Paris avaient résolues en sens opposés.

Pour bien déterminer, au point de vue de la doctrine juridique, l'importance de la thèse adoptée par la Cour de cassation, nous croyons utile de décrire la vente par filière et d'en exposer le mécanisme.

La *vente par filière* comprend une suite de ventes et de reventes successives de la même marchandise, s'exécutant, au terme fixé par les premiers contractants, à l'aide d'une seule et unique livraison. La marchandise, objet de ces contrats, est habituellement emmagasinée dans un dock, un magasin général, un entrepôt, etc. ; mais ceci n'est pas indispensable.

Le premier vendeur, appelé *livreur*, créateur de la filière, remet à son acheteur un *bon de livraison* transmissible. Cet acheteur passe ce bon au sous-acquéreur avec lequel il traite. Le second acheteur le remet à son tour à son propre acquéreur ; et ainsi de suite. — Pour faciliter la transmission du bon de livraison, le livreur lui donne habituellement la forme d'un titre à *ordre* : il est alors négociable par voie d'endossement.

Lorsque la filière est arrêtée par l'échéance du terme fixé pour l'exécution de la vente, celui au profit duquel s'est opérée la dernière transmission, désigné dans la pratique par la dénomination de *réceptionnaire*, n'a qu'à se présenter nanti du bon de livraison pour opérer le retraitement de la marchandise. Il paie en même temps le montant de son prix d'achat entre les mains du livreur (ou d'un *liquidateur*).

Si les prix stipulés par les vendeurs successifs étaient de sommes égales entre elles, le paiement fait au livreur par la réceptionnaire libérerait, du même coup, tous les acheteurs intermédiaires. Mais il n'en saurait être ainsi. — Les prix varient selon les fluctuations du marché. La marchandise hausse ou baisse, à diverses reprises, par des causes multiples. Si tous les acheteurs désirent réaliser un bénéfice par la revente et par l'endossement du bon de livraison, plusieurs peuvent être forcés de

revendre à perte, en baisse. — La diversité des prix, dont les acheteurs successifs se trouvent redevables envers leurs vendeurs respectifs, engendre des différences en plus ou en moins, qui doivent être réglées entre vendeurs et acheteurs. — Ce règlement s'opère d'après les usages variables des diverses places de commerce. Sur quelques-unes, le règlement est fait par les parties elles-mêmes; sur d'autres, par des agents spéciaux, dénommés *liquidateurs* ou *filiéristes*.

Dans ce dernier cas, le liquidateur, désigné par le créateur de la filière, se présente chez les membres de cette filière, en observant l'ordre dans lequel les divers contrats sont intervenus. Il solde ou encaisse les différences et se fait délivrer par chacun une facture acquittée sur l'acheteur suivant, en lui remettant celle du vendeur précédent. Nanti de la facture du dernier vendeur sur le réceptionnaire, il reçoit le prix dû par celui-ci, retient le montant des sommes par lui avancées et remet le reliquat au livreur.

Quand le règlement des différences est fait par les parties elles-mêmes, deux procédés sont possibles. *a.* Le réceptionnaire paie au livreur le prix dont celui-ci est personnellement créancier, passe chez les divers acheteurs, leur solde les différences auxquelles ils ont droit ou reçoit le montant de celles dont ils sont débiteurs. Il remplit lui-même le rôle de *filiériste*. — *b.* Le créateur de la filière remet sa facture acquittée au premier acheteur. Celui-ci, au lieu de lui verser le prix convenu, lui donne sa facture sur son propre acheteur, et en même temps solde ou reçoit le montant de la différence. En échange de la facture fournie par le premier acheteur, le deuxième acheteur remet au livreur sa propre facture sur le troisième acquéreur, avec règlement de la différence. Procèdent successivement de même le troisième et les subséquents acheteurs. A l'arrêt de la filière, après règlement de toutes les différences, le livreur, le vendeur originaire, se trouve nanti de la facture du dernier vendeur ou endosseur sur le réceptionnaire. Celui-ci en acquitte le montant en prenant livraison de la marchandise.

Tel est le mécanisme de l'opération — Trois hypothèses sont possibles. — Le contrat s'exécute. — Le créateur de la filière ne

fait pas délivrance de la marchandise. — Le réceptionnaire ne vient pas prendre livraison.

*Première hypothèse.* — Le contrat s'exécute. Le réceptionnaire veut prendre livraison de la marchandise. Le créateur de la filière, le *livreur*, quoique n'ayant pas contracté avec le réceptionnaire, peut néanmoins user contre lui du droit de rétention établi par l'art. 1612, C. civ. Il peut refuser de remettre les objets vendus au porteur du bon de livraison, tant que celui-ci n'offre pas le paiement immédiat. — Bien plus, alors même qu'il s'est dessaisi de la marchandise vendue sans user de ce droit de rétention, le livreur n'est pas démuné de tout secours. La pratique commerciale lui reconnaît le droit d'actionner le réceptionnaire en paiement du prix. D'après les usages commerciaux, le réceptionnaire qui prend livraison contracte *tacitement, implicitement*, envers le livreur l'obligation d'effectuer le paiement. Il s'engage envers le créateur de la filière, dont il n'était point encore le débiteur. Or les parties sont réputées avoir entendu se conformer aux usages d'une place de commerce, quand elles n'y ont pas expressément dérogé.

Si la doctrine admise par quelques arrêts de la Cour de Paris, à propos de la troisième hypothèse, venait à triompher, on devrait reconnaître au livreur le droit d'actionner le réceptionnaire en paiement de la marchandise livrée, même en dehors et en l'absence de tout usage commercial. (V. Paris, 23 juin 1885 et 2 juin 1886; 2<sup>e</sup> Ch. — *Gaz. Palais*, 1887, p. 33).

*Deuxième hypothèse.* — Le créateur de la filière n'a pas opéré la délivrance au terme convenu. Le réceptionnaire s'est *remplacé* en achetant en Bourse, aux cours de la place, des marchandises similaires en quantité équivalente. Usant du droit que lui confère, l'art. 1611, C. civ., il réclame, à titre de dommages-intérêts, le montant de la différence entre le prix d'achat en Bourse et celui dont il s'était constitué débiteur. — Contre qui peut-il diriger cette action en dommages-intérêts? Contre le créateur de la filière qui eut dû faire la délivrance? Contre les endosseurs du bon de livraison? Contre son vendeur immédiat, seul? — Les endossements successifs du bon de livraison donnent-ils au réceptionnaire une situation analogue à celle du porteur d'une lettre de change?

Le dernier vendeur, actionné par le réceptionnaire, recourant contre son propre vendeur, l'endosseur précédent, exerce-t-il une action *en garantie*, ou une action principale ordinaire? — Peut-il lui demander le remboursement de la somme à laquelle il a été lui-même condamné au profit du réceptionnaire, ou seulement le paiement de la différence entre le prix de rachat en Bourse et le prix de la vente intervenue entre eux?

Ni la Cour de cassation, ni la Cour de Paris n'ont eu, à notre connaissance du moins, à se prononcer sur cette hypothèse. Mais les décisions que ces Cours ont rendues à propos de l'hypothèse suivante font pressentir quelles seraient les solutions admises, si ce cas venait à être soumis à leur examen.

*Troisième hypothèse.* — Le réceptionnaire ne se présente pas, au jour indiqué, pour prendre livraison. — On ne conteste plus aujourd'hui l'application aux ventes commerciales de l'art. 1657, C. civ. Les auteurs les plus accrédités, la jurisprudence, la pratique l'admettent. Toute vente de denrées, effets mobiliers, marchandises, est, à défaut de retirement de ces objets par l'acheteur au terme convenu, résolue de plein droit et sans sommation. Si le réceptionnaire ne prend pas livraison à l'époque indiquée dans le bon, la revente en Bourse peut être poursuivie par le livreur, en principe sans mise en demeure préalable. Les seules formalités à observer sont celles établies par les usages ou par les règlements propres à chaque place de commerce. Ces usages ou ces règlements déterminent les délais accordés pour la reconnaissance de la marchandise, pour les formalités de réception et de paiement ou d'avis à donner à l'acheteur. Ainsi, à Paris, le marché-type des ventes de sucre par filières, porte : Art. 4. « Le lendemain du « jour de l'arrêt de la filière, livreur et réceptionnaire doivent se « présenter à l'entrepôt avant 11 heures du matin, pour présenter « et reconnaître les marchandises. A partir de l'arrêt de la filière, « l'acheteur a trois jours non fériés pour remplir les formalités de « réception et de paiement. — Art. 5. Dans le cas où le réception- « naire ne se présenterait pas à l'entrepôt comme il est dit ci-dessus, « le vendeur ferait vendre la marchandise offerte en livraison à la « première Bourse qui suivrait, après avis préalable et affichage « à la Bourse, et aux frais et risques et périls de qui il appartenait. »



Le livreur qui exécute en Bourse le réceptionnaire, s'est-il conformé aux règlements ou usages ? Pure question de fait, soulevée dans plusieurs des espèces soumises à la Cour de Paris, grave peut-être par les intérêts en jeu, mais qui n'a, en doctrine, aucune importance.

Théoriquement, le prix de la revente en Bourse peut être plus élevé que celui de la vente consentie par le livreur au premier acheteur. En ce cas, l'excédent, toutes différences réglées, revient au réceptionnaire. Mais si cette hypothèse n'est pas absolument chimérique, elle est, en pratique, bien irréalisable ; car, en présence de l'élévation des cours, le réceptionnaire prendra livraison pour réaliser un gain sur la revente de la marchandise.

En général, le prix obtenu par la vente aux enchères, en Bourse, est sensiblement inférieur au prix stipulé entre le créateur de la filière et le premier acheteur. — A qui le livreur peut-il réclamer cette différence, à titre de dommages-intérêts ? Au réceptionnaire ou au dernier endosseur ? Au premier acheteur seulement ? Aux divers acheteurs successifs ? L'acheteur poursuivi a-t-il un recours contre son propre acquéreur ? Quelle est la nature, quel est l'objet de ce recours ? Entre les acheteurs intermédiaires, qui ne reçoivent ou qui ne paient qu'une différence, l'opération n'est-elle pas un pur jeu et ne pourront-ils s'opposer l'exception tirée de l'art. 1965, C. civ. ?

La Cour de Paris a été appelée à résoudre ces diverses questions. — Écartons immédiatement la dernière. Elle n'offre plus qu'un intérêt rétrospectif. La loi des 28 mars-8 avril 1885 a, espérons-le, mis un terme aux difficultés que faisait naître l'application de l'exception de jeu aux marchés à livrer. Ces marchés sont expressément visés par l'article 1<sup>er</sup> de cette loi.

Sur les autres points, trois doctrines différentes se sont fait jour dans les divers arrêts rendus par la Cour de Paris.

I. — A la liquidation de la filière, les deux seules parties en présence pour l'exécution effective de la vente sont le créateur de la filière et le réceptionnaire ; ce que le langage du marché exprime par le dicton : la filière se liquide par le bas. — Cette liquidation, toute simple et toute naturelle lorsque le réceptionnaire prend volontairement livraison, doit avoir la même issue

et recevoir la même solution, lorsque, par le refus du réceptionnaire de prendre livraison, le créateur de la filière est dans la nécessité de procéder par voie d'exécution en Bourse. Au réceptionnaire doit être donné par le livreur l'avis préalable de l'art. 5 du marché-type. Un lien juridique unit directement le livreur et le réceptionnaire. — Ce lien est la conséquence logique de l'intervention du livreur dans toutes les opérations qui forment la série de la filière. Le livreur reçoit ou paie, par lui-même ou par le liquidateur, son mandataire, les différences en plus ou en moins qui ressortent des ventes successives. — En recevant sans réserves et en remettant au fur et à mesure les factures acquittées aux divers acheteurs, le créateur de la filière les accepte comme débiteurs substitués l'un à l'autre et les décharge successivement pour devenir et rester le créancier direct du dernier acheteur.

En effet, d'après les art. 1275 et 1276, C. civ., la substitution d'un débiteur par voie de délégation opère novation, si le créancier a expressément déclaré vouloir décharger le débiteur qui a fait la délégation. Mais, en matière commerciale surtout, la volonté, même expresse, n'est point assujettie à se traduire par des formules sacramentelles. Sa manifestation peut ressortir de l'accomplissement d'actes usuellement pratiqués entre commerçants. En remettant au premier acheteur une facture acquittée et en recevant de lui une seconde facture dirigée sur le sous-acheteur, le créateur de la filière a nettement indiqué son intention de libérer son propre acquéreur et de lui substituer le second acheteur en qualité de débiteur du prix de vente; car l'acquit donné sur une facture est entre commerçants la preuve positive et incontestable de la libération.

Si le créateur de la filière ne pouvait avoir d'action que contre le premier acheteur, la combinaison de la filière n'aurait pour lui aucune utilité. Entre lui et son acquéreur aurait été conclue une vente à livrer ordinaire limitée à l'exécution normale et simple des obligations réciproques. — L'éventualité de la filière doit incomber à celui qui a créé ce mode de vente dans son intérêt, qui s'est assimilé les ventes successives en les alimentant de ses deniers, qui a permis de conférer au réceptionnaire le droit d'exiger de lui la délivrance de la marchandise.

En conséquence le livreur a une action directe et personnelle contre le réceptionnaire, (ou contre le dernier endosseur dans le cas où le réceptionnaire désigné par cet endosseur n'a pas accepté l'endos du bon de livraison opéré en sa faveur). — Nulle action en dommages ne compète au livreur, ni contre son acheteur immédiat, ni contre les sous-acquéreurs, tous libérés envers lui par une chaîne de novations successives. — Les acheteurs intermédiaires, dont les différences ont été réglées par le livreur ou par le liquidateur, n'ont aucun recours à exercer, aucune demande à formuler les uns contre les autres. — Telle est l'opinion adoptée par la Cour de Paris dans les arrêts rendus par sa deuxième chambre, le 23 juin 1885 et le 2 juin 1886. (*Gazette Palais, 1<sup>er</sup> sem., 1887, p. 33*).

II. — L'opération commerciale, appelée filière, offre une suite de ventes, qui, isolément considérées, établissent chacune un lien de droit exclusif entre les membres de la filière qui ont contracté l'un avec l'autre. Chaque acheteur doit avoir action contre son vendeur immédiat à l'effet d'obtenir la délivrance de la marchandise. Réciproquement, chaque vendeur reste créancier de son acheteur immédiat jusqu'à concurrence du montant du prix promis. — Ni la transmission de l'ordre de livraison, ni la remise au premier acheteur d'une facture acquittée contre la réception de sa propre facture sur le second acquéreur, n'opèrent novation par changement de débiteur. La novation ne se présume pas. La volonté d'y procéder doit être manifeste, art. 1273, C. civ. — La désignation par le débiteur d'une personne qui doit payer en son lieu et place n'entraîne pas par elle seule novation, art. 1275 et 1277, C. civ. Sur cette désignation doit venir se superposer la volonté d'opérer novation, volonté expressément déclarée ou démontrée par un fait sans elle inexplicable.

Or, d'une part, la remise de l'ordre de livraison s'explique comme moyen de faciliter l'exécution du contrat. Elle n'affranchit pas le créateur de la filière de l'obligation d'opérer la délivrance. D'autre part, cette remise n'implique pas davantage l'intention chez le livreur de s'approprier les ventes successives dont elle a pour but de faciliter la formation. Comment admettre que le créateur de la filière accepte d'avance, les yeux fermés, pour débi-

teur, au lieu et place de celui avec lequel il traite à raison de sa solvabilité et de son exactitude, une personne quelconque, dont il ne pourra au préalable vérifier la situation commerciale, qu'il ne lui sera souvent pas donné de connaître, et que son acheteur pourra substituer à tout moment sans avoir besoin d'obtenir son adhésion ? — N'ayant la faculté ni de discuter la solvabilité des endosseurs ultérieurs, ni de rejeter leurs endossements, il ne peut être réputé avoir accepté l'un quelconque de ces endosseurs pour débiteur au lieu et place de celui avec qui seul il a traité. Une transmission que le livreur ne peut ni critiquer, ni empêcher ne saurait avoir pour effet de le priver de ses droits contre son acheteur.

La volonté de nover ne ressort pas non plus de ce fait que le créateur de la filière, en recevant la facture dressée par le premier acheteur sur le second, acquitte la facture qu'il a lui-même établie contre son propre acquéreur. — L'acquit ne constate pas un paiement effectif. Une dette n'est pas *payée* tant que la somme due n'est pas comptée par celui qui est chargé d'en effectuer le versement. L'acquit est donné en prévision d'un paiement futur : dans la pensée des parties, il ne peut être que conditionnel. La prestation, à l'accomplissement de laquelle il est ainsi subordonné, n'est-elle pas ultérieurement réalisée, il est comme non avenu.

Ainsi, d'aucun des faits accomplis ne résulte clairement la volonté d'opérer novation. — Le premier acheteur est resté débiteur du créateur de la filière. — La substitution d'un troisième acheteur au second n'opère pas plus novation de la dette du deuxième envers le premier. — Chacun des acheteurs reste responsable envers son propre vendeur des conséquences de l'inexécution de ses obligations, que cette inexécution provienne de son propre fait, du fait du substitué immédiat ou de celui des substitués subséquents. Quand le réceptionnaire n'exécute pas, ne prend pas livraison et ne paie pas son prix, chaque acheteur est, envers son propre vendeur, tenu des suites de cette inexécution.

Mais si les marchés passés entre les membres de la filière constituent des contrats distincts, néanmoins le mode d'exécution de ces marchés crée entre le premier acheteur et les sous-

acquéreurs une chaîne d'obligations successives auxquelles se soumettent les endosseurs par leur accession à la filière. A côté de chacun de ces marchés se forme par l'endossement du bon de livraison une convention accessoire, par laquelle chaque acheteur accepte, jusqu'à concurrence de son prix d'achat, la mission de libérer son vendeur des engagements que celui-ci a contractés vis-à-vis du vendeur précédent. Par suite, chaque vendeur a son acheteur pour garant des effets des poursuites de son propre vendeur. Ainsi, le deuxième acheteur devra indemniser le premier du montant de la condamnation à prononcer contre celui-ci au profit du livreur, sauf à se faire garantir par le troisième acquéreur, etc.

Il importe alors de déterminer le montant de la réclamation, le *quantum* de la demande que le livreur a le droit de former contre le premier acheteur. — En accédant à la filière, les endosseurs ont accepté son créateur, le livreur, pour leur gérant d'affaires, agissant dans l'intérêt commun, dans le règlement et le paiement des différences de prix auxquelles donnent lieu leurs marchés respectifs. Par ce règlement le livreur, à chaque nouvel endossement du bon de livraison, se trouve créancier d'une somme équivalente au prix dû par chaque nouvel acheteur, et finalement d'une somme égale au prix que doit payer le réceptionnaire.

Le contrat est-il inexécuté par le réceptionnaire, le premier endosseur doit indemniser le créateur de la filière, sauf recours contre l'endosseur suivant. Les dommages-intérêts doivent comprendre la perte subie par le créateur de la filière et le gain dont il a été privé. La perte subie est égale à la somme pour laquelle il est resté à découvert par suite du règlement des factures, et ce découvert est, en définitive, égal à l'écart existant entre le prix qu'il avait stipulé du premier acheteur et le prix que devait payer le réceptionnaire. Le gain manqué consiste dans l'écart existant entre le prix de son marché et celui auquel la même marchandise a été revendue en Bourse. Perte subie et gain manqué, voilà ce que le créateur de la filière peut demander au premier acheteur. Ce premier endosseur a pour garant son propre acheteur, qui, à son tour, peut exercer un recours en

garantie contre l'acheteur suivant, jusqu'à ce que finalement le montant des condamnations soit mis à la charge du réceptionnaire (Paris, 6 mars 1885, 3<sup>e</sup> ch.; 10 avril 1885, 4<sup>e</sup> ch.; 3 juin 1885 et 30 novembre 1880, 6<sup>e</sup> ch. *Gazet. Pal.*, 1<sup>er</sup> semestre, 1887, p. 33).

III. — Comme la deuxième opinion, la troisième, par les mêmes arguments, repousse toute idée de novation. — La filière comprend simplement une suite de ventes successives, dont l'exécution se trouve simplifiée par une combinaison ingénieuse. Ces contrats de ventes à livrer, distincts et séparés, ne peuvent établir de relations juridiques qu'entre les parties contractantes seules. Chaque vendeur a action contre son acheteur immédiat pour l'obtention du prix dû par ce dernier. Chaque acheteur a action contre son vendeur pour obtenir la livraison de la marchandise.

Mais l'acheteur ne peut être garant envers son vendeur de l'exécution du marché subséquent auquel ce vendeur est absolument étranger; on ne peut garantir à une personne l'exécution d'une obligation qui ne naît pas à son profit. Les actions récursoires des membres de la filière ne sont pas des actions en garantie.

Si les ventes successives doivent être considérées comme distinctes, comment admettre que, sauf par une clause explicite et formelle, l'acheteur ait pu promettre à son vendeur de le libérer des engagements contractés envers le vendeur précédent? Comment présumer une semblable convention à titre accessoire, alors que la première vente est *res inter alios acta* entre le premier acheteur et son sous-acquéreur, comme l'est la deuxième entre le second et le troisième endosseur, etc.?

A aucun point de vue, les actions récursoires des membres de la filière ne sont des actions *en garantie*. Elles constituent des actions principales, distinctes, ayant chacune un objet différent.

Puisque les ventes à livrer forment autant de contrats séparés, le livreur, qui a dû exécuter en Bourse le réceptionnaire défaillant, ne peut réclamer de son acheteur que la différence *existant* entre le prix convenu entre eux et le prix de revente. — A son tour, le premier acheteur a action contre le deuxième pour le montant de la différence entre le prix promis par ce sous-acqué-

reur et le prix de la revente; et ainsi de suite, jusqu'à ce que l'équilibre se trouve rétabli.

Le livreur ne peut avoir d'action en répétition des différences par lui fournies qu'à l'encontre de ceux auxquels il en a fait l'avance. A l'inverse, il n'est tenu du remboursement des différences encaissées qu'envers ceux des membres de la filière des mains desquels il a reçu cet *indebitum*.

Le principe ne change pas quand le règlement de la filière s'est opéré par l'entremise d'un liquidateur. Ce filieriste a successivement représenté les divers endosseurs dans la suite des négociations intervenues. C'est comme fondé de pouvoirs de chacun d'eux qu'il a encaissé ou versé les différences : c'est comme leur mandataire qu'il en opérera ou réclamera la restitution. Il n'a pas été que le mandataire du seul livreur.

En conséquence, le créateur de la filière n'a d'action (sauf l'art. 1166, C. civ.) ni contre le réceptionnaire, ni contre l'un quelconque des membres de la filière, autre que son propre acheteur. — Celui-ci lui doit seulement la différence existant entre son propre prix et le prix d'exécution en Bourse. Il ne lui doit pas la différence existant en son propre prix et le prix facturé au réceptionnaire défaillant. (Paris, 22 janvier et 27 mai 1884, 5<sup>e</sup> Ch.; 7 mars 1885 et 12 juin 1886, 7<sup>e</sup> Ch. V. *Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> semest., 1887, p. 33).

IV. — La première opinion nous paraît méconnaître absolument les principes admis en matière de novation. La deuxième a le désavantage de créer une complication de rapports juridiques telle que la volonté nettement exprimée des parties contractantes pourrait seule la faire admettre. D'un simple mécanisme institué pour faciliter l'exécution des marchés à livrer, faire jaillir une théorie dont l'obscur subtilité a pour résultat direct l'enchevêtrement des obligations et des droits, est-ce interpréter naturellement l'intention implicite de commerçants, peu familiers avec les notions du droit? Nous ne pouvons le croire.

La troisième opinion paraît plus conforme à la volonté réelle des parties. Elle est adoptée par les auteurs les plus récents et les plus autorisés. (Boistel, *Précis de droit com.*, 3<sup>e</sup> édit., n<sup>o</sup> 484. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit com.*, t. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 649.

— Ripert, *Essai sur la vente com.*, p. 495 et s. — Laurin, *Cours de droit com.*, 2<sup>e</sup> edit., nos 103 à 110.

V. — La chambre civile de la Cour de cassation a été appelée à se prononcer, par deux pourvois dirigés contre deux arrêts, rendus en sens opposés, par la Cour de Paris. Le même jour, le 25 juillet 1887, elle a cassé l'arrêt rendu le 23 juin 1885, (2<sup>e</sup> Ch.) et a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt du 27 mai 1884 (5<sup>e</sup> Ch.).

Ni les transmissions successives du bon de livraison, ni l'échange des factures, « ni l'intervention d'un liquidateur au cours « de l'opération, ni le mandat tacite imposé par l'usage de mettre « le réceptionnaire en demeure de prendre livraison ne modifient « la nature et les conditions légales de la première vente. Le « premier acheteur reste donc directement obligé envers le « vendeur primitif à lui payer le prix convenu, s'il n'est pas « acquitté par le réceptionnaire, et si la revente en Bourse n'a « produit qu'une somme inférieure » — « La négociation des « filières s'effectue sans que le premier vendeur ou livreur ait le « droit de contrôler la solvabilité des nouveaux acheteurs et de « s'opposer à la cession qui leur est faite. » — « La novation ne « se présume pas; la remise de la facture de l'acheteur ne vaut « que comme indication de la personne qu'il charge de payer « pour lui. La remise, même sans réserve, à l'acheteur par le « vendeur de sa facture acquittée n'opère qu'une libération con- « ditionnelle, subordonnée à l'exécution finale du contrat. »

La doctrine des deux arrêts est nette et précise; leur formule simple et claire. Ils auront, nous l'espérons, pour premier résultat de faire cesser l'antagonisme, révélé sur un point capital, entre les arrêts de la deuxième chambre et les décisions émanées des autres chambres de la Cour de Paris. On n'osera plus soutenir qu'en principe les agissements du créateur de la filière et ceux des endosseurs successifs impliquent *nécessairement* novation des rapports juridiques nés des divers marchés à livrer. La novation ne pourra être admise que si la volonté de l'opérer ressort avec évidence des circonstances particulières propres à tel cas déterminé, de clauses dérogoires spéciales.

La plus légère réflexion suffit à faire comprendre l'importance



considérable qu'ont, au point de vue de la pratique des affaires et des risques d'insolvabilité à courir, les deux décisions de la Cour de cassation. Le livreur conserve pour débiteur le négociant solvable qu'il avait accepté comme acheteur et peut en outre atteindre les acheteurs subséquents par l'action oblique de l'article 1166, C. civ. — Au contraire, la novation admise le laisse en présence du seul réceptionnaire.

Mais la Cour suprême n'a été appelée, par les pourvois qui l'ont saisie, à se prononcer explicitement que sur le point de savoir si le créateur de la filière avait conservé son droit de poursuite contre le premier acheteur.

Elle n'était pas conviée à apprécier la théorie qui voit dans l'endossement successif du bon de livraison une série de conventions accessoires par lesquelles chaque acheteur s'engage à indemniser son vendeur des condamnations obtenues par le vendeur précédent. Elle n'était pas invitée à déterminer le caractère de l'action que les acheteurs peuvent intenter l'un contre l'autre. Est-ce une action *en garantie*, ou l'action principale ordinaire née du défaut d'exécution?

La Cour a repoussé la première opinion. Elle n'avait pas à choisir expressément entre la deuxième et la troisième. Ses arrêts ne font-ils pas cependant pressentir ses préférences? Si nous ne nous trompons, la Cour de cassation, la question lui étant dans l'avenir soumise, déduisant logiquement les conséquences du principe par elle consacré dans les deux arrêts du 25 juillet 1887, sera amenée à apporter au système le plus naturel et le moins compliqué l'imposante autorité attachée à ses décisions.

#### § 4. — FAILLITE.

En cas de faillite de l'acheteur, le vendeur à livrer peut-il non seulement retenir la marchandise, mais en outre demander la résolution avec dommages-intérêts et obtenir ces dommages-intérêts par voie de dividende? — Paris, 4 mars 1886. — Cass. civ. 16 février 1887. — Amiens, 13 juillet 1887 (Sir. 1887. 2. 25 et 1. 145). — *Annales de Droit com.*, 1<sup>re</sup> an., p. 190).

Dans tout contrat synallagmatique chacune des parties a le droit de faire résoudre la convention, lorsque l'autre partie ne

remplit pas ses engagements. Elle peut en outre obtenir des dommages-intérêts, mesurés sur le préjudice causé par l'inexécution du contrat. L'art. 1184, C. civ., est formel. Les art. 1610 et 1654, C. civ., appliquent le principe au contrat de vente.

Spécialement, un objet mobilier ayant été vendu au comptant et non encore livré, le vendeur, non payé du prix, non seulement jouira du droit de rétention, mais reprendra par la résolution de la vente la faculté de disposer de l'objet, et, si cet objet a diminué de valeur dans l'intervalle, produira au marc le franc dans la liquidation ouverte sur les biens de l'acheteur en état de déconfiture, à concurrence du préjudice résultant de la différence des prix.

Ces règles sont-elles applicables quand l'acheteur est un commerçant tombé en état de faillite? A défaut par les syndics de prendre livraison de la marchandise contre paiement intégral du prix (art. 578, C. com.), le vendeur au comptant peut-il obtenir la résolution du contrat avec dommages-intérêts, ou la résolution seulement sans pouvoir prétendre à une indemnité?

La question a été soumise à la Cour de Paris, le 4 mars 1886. Les intérêts matériels en jeu étaient considérables. Le vendeur ne réclamait pas moins de 1.340.000 francs de dommages. — L'intérêt scientifique et doctrinal n'était pas moindre. L'arrêt de la Cour de Paris avait été précédé de deux consultations délibérées par notre savant prédécesseur à la *Revue*, M. Thaller, et par l'un de ses collègues de la Faculté de Lyon, M. Appleton. — La Cour, adoptant les conclusions de ces mémoires et abandonnant sa jurisprudence antérieure<sup>1</sup>, reforma le jugement du tribunal de commerce de la Seine (7 mai 1883) et admit le vendeur à réclamer des dommages-intérêts contre le syndic de la faillite. Les motifs de l'arrêt sont généraux et s'appliquent à tout vendeur, au comptant ou à terme, de corps certains ou de choses fongibles, qui ne s'est pas dessaisi.

Déféré à la censure de la Cour suprême, l'arrêt du 4 mars 1886 a été cassé par la Chambre civile sur les conclusions conformes du premier avocat général, le 16 février 1887, sur le chef

<sup>1</sup> Paris, 30 janv. 1863, 14 mars 1871, 8 mars 1875 (*Journ. des trib. de comm.*, XXV, 136).

relatif aux dommages-intérêts. — La Cour de renvoi, la Cour d'Amiens, s'est ralliée, le 13 juillet 1887, à la doctrine admise par la Cour de cassation. Elle a refusé au vendeur les dommages-intérêts réclamés et a confirmé le jugement du tribunal de commerce.

Les décisions de la Cour de cassation et de la Cour de Paris ont été l'objet de savantes annotations insérées dans les recueils d'arrêts. M. Labbé a apporté le poids de sa haute autorité à la thèse admise par la Cour de Paris (Sir. 1887. 1. 145 et 2. 25). L'annotateur du Recueil de Dalloz adhère au contraire à la solution adoptée par la Cour de cassation (Dal. 1887. 1. 201).

La question est nette et précise, le dissentiment formel et absolu, les autorités contraires considérables et imposantes. De quel côté se trouve, à nos yeux, l'exacte solution?

Le droit commercial est un droit exceptionnel par rapport au droit civil qui constitue le droit commun. Dans le silence du Code de commerce, le Code civil est appelé à fournir la règle cherchée. Mais si la loi commerciale la formule, cette règle exceptionnelle doit être, exclusivement à tout autre, seule appliquée. L'interprète ne peut prétendre la modifier, ni la compléter à l'aide des principes de la loi civile. — Donc, avant que de demander à l'article 1184 du Code civil, si le vendeur au comptant d'effets mobiliers, non payé par un acheteur tombé en état de faillite, peut réclamer des dommages-intérêts, recherchons d'abord si le Code de commerce n'offre pas quelque règle spéciale, qui, par sa seule présence, devra faire rejeter l'application des dispositions du droit commun. — La loi commerciale s'est-elle avisée de régler la situation d'un vendeur d'effets mobiliers non payé, en présence de la faillite de l'acheteur? Si oui, le recours à la loi civile sera, non seulement inutile, mais impossible et interdit.

Or le titre du Code de commerce consacré à la faillite nous offre des dispositions spéciales dont la présence écarte l'application du droit commun. Les art. 550, 576, 577, 578 et 579 réglementent les trois hypothèses, seules possibles, en cas de vente de marchandises. Dans aucun de ces textes, la loi n'accorde au vendeur non payé le droit de réclamer des dommages-intérêts.

Ces textes dérogent, en outre, d'une manière sensible, au

droit commun. En matière civile, les droits du vendeur non payé d'effets mobiliers, vendus au comptant, sont au nombre de quatre : 1<sup>o</sup> droit de rétention jusqu'au paiement, art. 1612, C. civ. ; — 2<sup>o</sup> droit de revendication pendant huit jours après la livraison, pourvu qu'il n'y ait pas eu revente, art. 2102-4<sup>o</sup>, C. civ. ; — 3<sup>o</sup> droit d'être payé par privilège sur la valeur de l'objet vendu, (*ibid.*) ; — 4<sup>o</sup> droit de poursuivre pendant trente ans la résolution de la vente, avec dommages s'il y a lieu, art. 1654, C. civ. Ces droits sont restreints en cas de faillite de l'acheteur.

Le privilège n'existe pas. Le droit de revendication est aussi refusé, art. 550-2<sup>o</sup>, C. com. — Le droit de rétention est maintenu et peut être invoqué même par le vendeur à terme, la faillite rendant exigibles toutes les dettes du failli et l'acheteur étant déchu du bénéfice du terme (art. 444 et 577, C. com. ; art. 1613, C. civ.). — Le droit de demander la résolution est-il maintenu ? avec ou sans dommages-intérêts ?

Un point est certain. La faillite ne résout pas, par elle-même et par elle seule, les contrats antérieurement passés avec le failli. (Poitiers, 12 mars 1856. — Cass. 23 février 1858. — Sir. 1858.1.60). Nonobstant la faillite, les conventions, conclues avant le jugement déclaratif, engendrent les obligations qu'il est dans leur nature de produire. Les contrats synallagmatiques ne sont pas résolus de plein droit, *ipso facto*. L'art. 578, C. com., démontre ceci surabondamment. — La faillite ne rend pas certaine l'inexécution des contrats ; mais l'inexécution est vraisemblable. Les créanciers du failli ne seront pas intégralement payés. Le vendeur d'objets mobiliers est exposé comme les autres à ne pas recevoir son prix. Cette éventualité suffit-elle pour qu'il puisse demander la résolution du contrat de vente ? Dans quels cas, la résolution est-elle possible ?

La loi commerciale prévoit trois situations. De leur rapprochement et de leur comparaison ressortira plus nette la pensée du législateur.

A. — La vente a été exécutée de la part du vendeur au moment où s'ouvre la faillite. Les marchandises sont entrées dans les magasins de l'acheteur. — Nul doute. Le vendeur non payé, vendeur à terme ou vendeur au comptant, ne peut plus réclamer

que son prix, au prorata du dividende futur. L'action en résolution lui est refusée. — Cette solution ressort par *a contrario* de l'art. 576, C. com., et par *a fortiori* de l'art. 550, C. com. Vendeur au comptant, la résolution de la vente le placerait dans une situation, égale d'après les uns, supérieure d'après les autres à celle que lui donnerait la revendication spéciale de l'article 2102-4<sup>o</sup>, revendication qui lui est interdite. — A-t-il vendu à terme, il ne saurait être plus favorablement traité que le vendeur au comptant. — Le vendeur ne peut avoir le droit de résolution, plus nuisible pour les créanciers de l'acheteur failli que le privilège. Il ne peut plus prétendre à un rang de préférence comme créancier du prix; comment pourrait-il par un détour échapper à la loi du dividende ?

L'accord est complet sur ce cas. Pas de résolution, ni pure et simple, ni *a fortiori* avec dommages-intérêts. Le vendeur produira à la faillite pour le montant de son prix. Il est assuré de perdre la différence existant entre le prix et le montant éventuel de son dividende.

B. — La vente a reçu un commencement d'exécution, quand la faillite est déclarée. Le vendeur a expédié la marchandise. Elle est en route; elle n'a encore, ni pénétré dans les magasins du failli, ni été remise à un commissionnaire chargé de la vendre, ni été revendue en cours de route à un acheteur de bonne foi. — Le syndic peut réclamer l'exécution intégrale du contrat, art. 578, C. com. S'il ne la réclame pas, le vendeur jouit, sous le nom de *revendication*, du droit d'arrêter en route les marchandises et de les ressaisir. Il ne reprend pas la simple détention, mais reconquiert le droit d'en disposer. C'est une véritable résolution du contrat. Tout le monde le reconnaît. — Mais peut-il demander à la faillite des dommages-intérêts? Loin de là. Il est tenu de restituer les à-compte par lui reçus et le montant des avances faites pour frais de transport. Ce vendeur doit rendre la faillite indemne et remettre les choses en l'état où elles seraient, si la vente n'avait pas été conclue. Il ne peut garder les à-compte à lui remis en compensation de dommages-intérêts. La disposition de l'art. 576, C. com., est exclusive de toute idée d'indemnité. — Ce vendeur reprend sa marchandise et perd la différence

existant entre le prix convenu et la valeur actuelle des objets vendus et en plus le montant des dépenses faites pour camionnage, transport, assurance, etc. La résolution a lieu sans dommages intérêts.

C. — Une troisième hypothèse est réglée par le Code de commerce. C'est celle de l'espèce soumise aux Cours de cassation, de Paris et d'Amiens. Quand la faillite éclate, le vendeur n'est pas encore dessaisi. Il s'agit d'une vente à livrer pour laquelle les délais d'exécution ne sont pas encore échus. — Sans aucun doute, le vendeur peut choisir entre l'un des deux partis suivants :  
*a.* livrer au syndic les marchandises et demander son inscription dans la masse passive pour obtenir un dividende proportionnel à son prix ; il n'aura que très exceptionnellement intérêt à agir ainsi (Nîmes, 4 juillet 1885, — Sir, 1886. 2. 91). — *b.* Exercer le droit de rétention, même si le marché contenait un terme pour le paiement du prix (art. 1613, C. civ., art. 444 et 577., C. com. — *c.* Mais peut-il, si le syndic n'use pas de la faculté inscrite dans l'art. 578, peut-il, considérant la vente comme résolue, demander contre la faillite des dommages-intérêts et produire de ce chef dans la masse ? L'art. 577, C. com., est muet. Ce silence est un refus. Et ce refus s'harmonise avec celui qui est inscrit dans l'art. 576.

Écoutons l'objection. — La disposition de l'art. 577 n'est pas exclusive d'une demande en dommages-intérêts. L'insertion de ce texte dans le Code, lors de la réforme de 1838, n'a eu d'autre but que de consacrer l'application au commerce du droit de rétention établi par les art. 1612 et 1613 du Code civil. Elle n'a pas été faite pour interdire d'invoquer l'art. 1184 du même Code.

Mais, s'il en est ainsi, l'art. 577, C. com., est une disposition inutile, surabondante, puisque dans le silence de la loi commerciale, les art. 1612 et 1613 eussent été applicables. L'insertion de ce texte par le législateur est une superfluité. Mais, tout au contraire, si l'on se reporte aux travaux préparatoires qui précéderent le vote de la loi du 28 mai 1838, on constate une grande hésitation à introduire dans la loi le droit de résolution du vendeur non payé. Le principe de la résolution a failli être

repoussé. L'art. 577 n'a été inséré que pour fixer les effets de cette résolution. — Logiquement, le vendeur devrait, comme tous les autres créanciers qui ont traité avec le failli, exécuter sa promesse, livrer la marchandise, être créancier chirographaire du prix et en réclamer le paiement en monnaie de faillite. Par faveur, la vente est considérée comme anéantie. Le vendeur garde sa marchandise ; mais il ne peut rien réclamer.

Quelle que soit la perte que lui fasse subir la baisse des cours, la situation de ce vendeur sera toujours préférable à celle des autres créanciers, à celle du vendeur qui a livré, obligés de se contenter d'un dividende. Et si la baisse des prix est telle que le dividende probable soit supérieur à la valeur actuelle de la marchandise, le vendeur n'a qu'à livrer au syndic et à se faire inscrire à la faillite.

Si l'art. 1184, C. civ., est applicable au cas du vendeur qui détient encore la marchandise, pourquoi ne le serait-il pas dans l'hypothèse réglée par l'art. 576, C. com. ? Est-ce que le vendeur ne souffre pas un semblable préjudice ? — Les deux articles 576 et 577 correspondent au même ordre d'idées. L'art. 576 a pour objet d'assimiler à la situation d'un vendeur qui détient encore la marchandise, celle du vendeur d'une marchandise expédiée, mais encore en cours de voyage. Or cet art. 576 est exclusif de toute allocation de dommages-intérêts ; donc il en est de même de l'art. 577.

L'art. 550, C. com., supprime le privilège du vendeur. Sa disposition est générale et absolue ; elle n'admet aucune distinction ; que la vente ait eu lieu au comptant ou à terme, que la marchandise ait été ou n'ait pas été livrée, dans tous les cas le privilège est supprimé. Tout détour, qui aurait pour résultat de le maintenir, même en partie seulement, doit être repoussé. Or, la résolution avec dommages-intérêts aboutirait au même résultat que le privilège. La Cour d'Amiens en fait la remarque. « En « supprimant dans tous les cas le privilège du vendeur, elle « (la loi) supprime du même coup, également dans tous les cas, « l'action résolutoire des art. 1184 et 1654 qui aboutirait pour « le vendeur au même résultat que l'exercice du privilège ; que « l'exemple de la cause actuelle suffit à démontrer cette identité

« en résultat; que l'exercice du privilège eût permis en effet à la  
 « *Société de Terre-Noire* de s'appliquer le prix de la marchan-  
 « dise dont elle aurait réalisé la vente au cours par elle allégué  
 « de 135 francs et de produire à la faillite pour les 67 francs  
 « formant le surplus du prix stipulé au marché; que par sa  
 « demande de résolution elle entend garder la marchandise et  
 « en même temps produire pour les 67 francs faisant la diffé-  
 « rence des cours; qu'elle poursuit donc un but absolument  
 « identique; que le législateur n'a pu vouloir autoriser à faire  
 « indirectement ce qu'il défend de faire directement; qu'il résulte  
 « donc de l'art. 550 qu'en principe, le vendeur d'objets mobi-  
 « liers n'a en matière de faillite, ni privilège, ni action réso-  
 « lutoire, qu'il est simplement créancier chirographaire du prix  
 « et n'a droit d'en réclamer le paiement qu'en monnaie de  
 « faillite; — Considérant que si à cette règle fondamentale la loi  
 « des faillites a apporté certaines exceptions au chap. X, ces  
 « dispositions sont nécessairement limitatives et ne peuvent être  
 « étendues au delà de ce qui en forme l'objet expressément  
 « déterminé, etc. » Et la Cour d'Amiens, dans la suite de cet  
 arrêt (13 juillet 1887), dont la rédaction nette et vigoureuse est  
 remarquable, établit péremptoirement que « le bénéfice attribué  
 « au vendeur dans les art. 575 et 577 sous le nom de *revendica-*  
 « *tion* ou de *rétenion* est limité à la résolution du contrat sans  
 « dommages-intérêts. »

Ne nous laissons pas arrêter par cette circonstance que la vente a été consentie *au comptant*. Ce serait créer une distinction que ne font pas les articles précités. Et du reste, comme la faillite rend exigibles toutes les dettes du failli, le vendeur à terme qui n'a pas encore livré doit être traité comme le vendeur au comptant.

Le refus de dommages-intérêts ne blesse-t-il pas l'équité? — Assurément non. Le vendeur, qui n'a pas livré, est traité avec une extrême faveur par comparaison à celui qui a livré la veille de la faillite. Ce dernier ne peut ressaisir la possession perdue et est réduit au rôle de simple créancier chirographaire. Le vendeur, qui n'a pas fait livraison, conserve la marchandise et profite de la différence existant entre la valeur de cette marchan-



dise et le dividende qu'il recevrait, s'il venait à la faillite comme simple créancier. Pourquoi lui octroyer en outre des dommages-intérêts, supportés par les autres créanciers, auxquels la loi refuse la résolution de leurs propres contrats?

L'art 578 fournit une objection aux adversaires de la doctrine de la Cour de cassation. Si les marchandises sont en hausse et valent plus que le prix convenu, le syndic de la faillite de l'acheteur exigera l'exécution; la masse aura le profit. Si les marchandises sont en baisse, le syndic renoncera au contrat; le vendeur, qui ne peut se contenter du droit de rétion, sera réduit à invoquer la résolution de son contrat, revendra la marchandise en perte et n'aura pas le droit de demander indemnité à la faillite. C'est injuste; là où est le profit, là doit être la perte. — La réponse est aisée. Puisque la faillite ne résout pas les contrats synallagmatiques, la loi aurait dû logiquement contraindre le vendeur à subir le sort commun de tous les créanciers. Ce vendeur eût dû être astreint à livrer et à se contenter d'un dividende. Même en lui refusant des dommages-intérêts, par l'obligation imposée au syndic qui veut prendre livraison de payer le prix convenu, la loi fait à ce vendeur une situation supérieure à celle des autres créanciers de la faillite. En conservant sa marchandise, il subit une perte moindre que s'il était réduit à se contenter d'un dividende.

La Cour suprême, dont l'arrêt a été cependant vivement critiqué, relève, avec la plus grande raison, ce qu'a d'exceptionnellement favorable la situation faite au vendeur par l'art. 577. Sous prétexte de rentrer dans les principes du droit commun, le juge ne saurait étendre les exceptions que la loi a cru devoir apporter à la règle fondamentale de l'égalité de traitement entre les divers créanciers d'une faillite.

Des lois étrangères ont pu résoudre autrement notre question. Qu'importe? Les tribunaux n'ont pas, sous l'apparence d'une interprétation de la loi positive, à faire œuvre de législateurs.

Les art. 559 et 564, C. com., sont-ils applicables à l'assurance sur la vie contractée par un commerçant au profit de sa femme? Tout au moins, la femme ne doit-elle pas rapporter à la masse de la faillite le montant

des primes payées par le mari? — Besançon, 2 mars 1887. Sir. 1887. 2. 218.

Les questions sur lesquelles s'est prononcée la Cour de Besançon ont été diversement résolues dans la jurisprudence et dans la doctrine. La Cour de cassation a statué, le 22 février 1888, sur le pourvoi dirigé contre le présent arrêt : elle l'a rejeté. — Par quatre autres décisions rendues les 16 janvier, 6 et 8 février 27 mars 1888, la Cour suprême a touché à plusieurs des controverses soulevées par l'assurance sur la vie. Le nombre et l'importance de ces arrêts imposent une étude développée de ce contrat spécial, de son caractère, de sa nature et de ses effets. La question actuelle ne saurait être détachée des autres. Nous la réservons.

HENRY BONFILS.

#### L'INTERVENTION PASSIVE OU FORCÉE DITE ASSIGNATION EN DÉCLARATION DE JUGEMENT COMMUN,

Par M. R. van BONEVAL FAURE, professeur à la Faculté de Droit de Leyde.

De même que le Code français, qui lui a servi de base principale, le Code de procédure civile néerlandais ne contient aucune disposition sur le moyen de droit que les Français désignent sous le nom de *demande* ou *assignation en déclaration de jugement commun*, et que peut-être l'on pourrait appeler plus brièvement *intervention passive* ou *forcée*. Elle consiste essentiellement en ce qu'un tiers est appelé dans un procès pendant entre d'autres parties pour que le jugement à intervenir lui soit déclaré commun, c'est-à-dire, pour faire qu'un jugement ait force de chose jugée aussi bien pour lui que pour les parties.

Malgré le silence du législateur, l'intervention forcée est assez unanimement considérée en France, tant par la jurisprudence que par les auteurs, comme une institution, sinon légale, du moins légitime, et la jurisprudence néerlandaise s'est prononcée dans le même sens, du moins dans les cas dont j'ai connaissance. En revanche les commentateurs du Code néerlandais sont d'avis partagés ; tandis que l'un admet l'intervention forcée, l'autre la rejette. Toutefois de l'une et de l'autre part la question n'a pas été bien approfondie.

Pour savoir si ce moyen peut être admis, il faut recourir à la

jurisprudence et aux auteurs français ; c'est en les étudiant que l'on pourra s'assurer ou bien que c'est un intrus dont il faut se débarrasser ou bien que l'on a eu de bonnes raisons pour l'accueillir.

Dans le dernier projet de révision du Code français, qui a été présenté à la Chambre des députés, le 19 octobre 1886, on propose de donner au 2<sup>me</sup> paragraphe du titre *des incidents*, qui jusqu'ici était intitulé : *De l'intervention*, ce titre-ci : *De l'intervention et DE L'ASSIGNATION EN DÉCLARATION DE JUGEMENT COMMUN*, et l'on a inséré dans ce paragraphe trois articles relatifs à ce nouveau moyen. Le premier porte : « Toute personne peut être assignée à la requête de l'une ou de l'autre des parties pour voir déclarer commun avec elle le jugement à intervenir ». *L'exposé des motifs* se borne à dire à ce sujet : « Aux dispositions relatives à l'intervention, sont ajoutées des règles concernant l'assignation donnée par l'une des parties à un tiers, pour que le jugement à intervenir soit déclaré commun avec lui. »

Certes on ne saurait être plus bref, et si ce n'est pas long, ce n'est pas obscur non plus, car les dispositions annoncées se trouvent en effet dans le projet. Mais il est tout aussi clair que les articles du projet ne font que confirmer un usage de la pratique, comme si toute discussion était devenue superflue à ce sujet. Peut-être pourtant l'exposé des motifs aurait-il été plus explicite, si les nouvelles dispositions ne s'étaient pas déjà trouvées dans un projet qui date de 1866 et auquel se rattache l'œuvre de la commission de 1886.

L'exposé des motifs de 1866 s'étend davantage sur le sujet qui nous occupe que celui de 1886. Il dit : « Les art. 339, 340 et 341 (C. de Pr.) réglaient une espèce particulière d'incident, l'intervention d'un tiers en la cause ; la commission..... a introduit quelques dispositions pour consacrer un usage suivi dans la pratique, mais dont la légalité a été plus d'une fois contestée : nous voulons parler de *l'assignation en déclaration du jugement commun*, sorte d'intervention forcée destinée à éviter les circuits d'actions, et par conséquent à rendre la justice plus rapide et moins coûteuse. Souvent, en effet, les conclusions échangées par les parties établissent qu'un tiers peut avoir un intérêt

réel à la solution d'un procès ; chacune des parties peut craindre que la décision qui interviendra en sa faveur ne blesse les droits d'un tiers et ne donne lieu à quelque action nouvelle de sa part ; il serait donc fort important que le jugement pût être opposé à ce tiers ; mais s'il n'est point en cause, la décision ne lui sera point opposable, elle sera pour lui *res inter alios acta*. Le but des articles proposés par la commission est de donner à toute partie intéressée, le droit d'appeler le tiers en cause pour voir déclarer que le jugement sera commun avec lui, et par conséquent lui sera opposable. Le projet accorde même ce droit au tribunal, qui d'office peut ordonner la mise en cause du tiers. Le tribunal déjoue par là tous les calculs et assure à sa décision sa force définitive. »

La dernière partie de cet exposé se rapporte à un article du projet, de la teneur suivante : « Le tribunal peut aussi ordonner d'office cette mise en cause à la diligence de celle des parties qu'il désignera. » Le projet de 1886 n'a pas repris cette extension donnée à l'intervention forcée dans le projet de 1866 et l'exposé des motifs garde le silence sur cette suppression.

Du reste cette pièce fait l'impression d'avoir été écrite plutôt pour les non-juristes que pour les jurisconsultes. Aucun de ces derniers ne sera convaincu par ces motifs, s'il ne l'était déjà d'avance. On nous parle, il est vrai, « d'éviter les circuits d'actions » se figurant sans doute avoir subordonné la doctrine à la pratique avec ce tact qui caractérisait les Romains — quoique ceux-ci, dans le cas présent, n'eussent pas songé même de loin à un *circuitus actionum* — et l'on dit aussi vouloir « rendre la justice plus rapide et moins coûteuse » ; mais ce sont là de ces arguments propres à éblouir l'esprit des justiciables ignorants de la science du droit. Ceux-ci, fort naturellement du reste, s'en contentent et oublient d'examiner, si la vraie justice, le « *jus suum cuique* », est sauvegardée.

Sans doute il peut arriver qu'en combinant plusieurs procès en une seule procédure, on procure « une justice plus rapide et moins coûteuse », mais cela ne suffit pourtant pas à justifier cette combinaison dans tous les cas et pour elle-même. Au contraire,

en matière de procédure, il y a nombre de cas où en prétendant simplifier on donne lieu à des complications.

Il est possible qu'en faisant mention de cette « action nouvelle » de la part d'un tiers on ait eu en vue la tierce-opposition. On ne le dit pourtant pas et il semble qu'on se propose une application beaucoup plus étendue de cette « assignation en déclaration de jugement commun. » Les termes de l'article sont rétrécis dans un sens on ne peut plus général. Il ne donne pas ce moyen de droit seulement contre celui qui pourrait, par la tierce-opposition, attaquer le jugement à intervenir, mais aussi contre toute personne, et il ne l'accorde pas seulement au demandeur primitif, mais aussi bien au défendeur; il dit : « à la requête de l'une ou de l'autre des parties. » « Chacune des parties, » dit l'exposé des motifs, « peut craindre que la décision qui interviendra en sa faveur ne donne lieu à quelque action nouvelle de sa part. »

Ne s'est-on donc pas aperçu qu'on allait violer un des principes les plus élémentaires de la procédure civile, voire s'attaquer à ce qui fait l'essence de la défense des droits privés? N'est-ce pas un principe essentiel que chacun soit parfaitement libre de décider s'il veut ou non défendre ses droits menacés ou violés? Et que permet-on ici? Ce tiers n'est-il pas appelé et par conséquent forcé de défendre ses droits, d'intenter cette action nouvelle sous peine de s'en voir débouter? N'est-il pas vrai en tout cas qu'il est forcé d'intenter cette action non pas parce qu'il le veut lui-même et qu'il le veut au moment qui lui convient à lui, mais parce qu'un autre y voit son intérêt? Cet autre appelle le tiers à agir contre lui en intervenant dans le procès. Pourquoi? Parce que ce tiers pourrait peut-être agir plus tard quand cela lui conviendrait moins qu'en ce moment-ci, où il se trouve déjà en litige et espère se tirer d'affaire à meilleur compte; et cela, remarquons-le bien, parce que ce tiers pourrait intervenir, tandis qu'il est complètement incertain qu'il le veuille! Il est parfaitement correct, quand on entre en litige avec un adversaire, de tâcher de lui enlever les armes dont il compte faire usage, de s'efforcer de réfuter à l'avance les arguments que l'on prévoit qu'il avancera, de lui casser les dents avant qu'il ne morde, comme on dit en Hollande; mais que celui

qui ne montre pas les dents, qui n'y pense même pas, soit appelé à se les faire arracher afin qu'il ne puisse pas nous attaquer à un moment donné, comme il pourrait en avoir le droit, cela ressemble moins à la justice et à l'équité qu'à une transformation de la puissance en droit. Ce qui est agréable et commode à celui à qui ce droit excessif est conféré est absolument inique envers le tiers. Il me semble difficile d'imaginer une violation plus grave de la maxime : « *invitus agere nemo cogatur*, » qui n'est pas vraie pour venir des Romains, mais, mieux que cela, pour être le principe même sur lequel repose le droit de la procédure civile tout entier.

Ce n'est encore là que le premier pas ; mais, comme toujours, surtout quand on est dans la mauvaise voie, ce premier pas n'a point été le dernier, puisque les auteurs du projet de 1866 ont été jusqu'à accorder au juge le droit de faire d'office appeler un tiers. A la violation de la maxime, que je viens de rappeler, s'ajoute celle d'un principe essentiel de la procédure civile ; je veux dire du principe qui attribue au juge un rôle avant tout passif. Comment est-il possible que les auteurs du projet de 1866 ne s'en soient pas aperçus lorsque, dans l'exposé des motifs, ils ont tracé les mots suivants : « le tribunal déjoue par là tous les calculs et assure à sa décision sa force définitive ? » Le juge n'a pas à déjouer des calculs qui, dans les cas dont il est question, ne portent aucune atteinte ni à sa personne ni à son autorité. En effet, quand il rend son jugement entre les parties, la loi ne confère à ce jugement force définitive qu'entre ces parties seules. Pour quels motifs le juge pourrait-il se croire en droit d'étendre cette force à des tiers, à des tiers qui ne s'étaient pas adressés à son intervention et qui ne la désirent donc pas ? Si, après le jugement rendu entre les parties, il surgit un tiers, dont les prétentions étaient parfaitement inconnues au juge, et que maintenant ce tiers prétende que le jugement porte préjudice à ses droits, en quoi, je le demande, cela intéresserait-il l'autorité du jugement ou du juge, quand même cette prétention se trouverait être bien fondée ? Est-ce que, s'il y avait là atteinte à l'autorité du juge, le législateur aurait pu fournir, par la tierce-opposition, le moyen d'attaquer un jugement ? Les auteurs du projet de 1866,

ayant dû reconnaître que le droit accordé au tribunal par leurs prédécesseurs était inadmissible, il pourrait sembler étonnant qu'ils n'en soient pas venus par là à reconnaître de même que les motifs sur lesquels repose l'intervention forcée elle-même n'étaient pas valables; mais le fait qu'ils se proposaient simplement de codifier un usage qu'ils considéraient comme légitimé par une longue pratique, les a empêchés d'approfondir la chose. Peut-être que l'adage bien connu : *Optima est legum interpretis consuetudo* leur a fait oublier cet autre précepte : « *Quod non ratione introductum, sed errore primum deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.* »

Mais il convient de rechercher si l'étonnante unanimité des auteurs et des tribunaux au sujet de l'assignation en déclaration de jugement commun ne reposerait pas sur des bases plus solides que celles dont nous avons pris jusqu'ici connaissance. Je dis : l'unanimité, car si l'intervention forcée a été contestée, comme le dit l'exposé des motifs, cela n'a eu lieu que dans des procédures, qui, dans le plus grand nombre de cas, ont abouti à faire reconnaître sa légalité.

Quoique quelques auteurs, entre autres Carré<sup>1</sup>, citent le cas dans lequel un tiers pourrait faire usage de la tierce-opposition contre un jugement entre d'autres parties, comme un *exemple* de ceux dans lesquels il pourrait y avoir lieu à l'intervention passive, ce qui implique qu'ils admettent d'autres cas encore, la plupart restreignent à celui-ci seul l'emploi de ce moyen. Ainsi Berriat Saint-Prix<sup>2</sup>, cherchant à définir l'intervention passive qu'il préfère appeler *déclaration de jugement commun*, dit tout simplement en citant Rodier à l'appui : « On a le droit d'exercer cette action contre tout particulier qui pourrait avoir celui de former tierce-opposition au jugement qu'on espère obtenir dans la cause principale. » Mais Carré<sup>3</sup> lui-même applique le terme de *déclaration de jugement commun* à l'assignation de celui qui pourrait former tierce-opposition, et Bourbeau<sup>4</sup> fait de même

<sup>1</sup> *Lois de la proc. civ.* par Chauveau, Qu. 1271.

<sup>2</sup> *Cours de proc. civ.*, éd. 1813, I, p. 293.

<sup>3</sup> *L. c.* et dans la note 2.

<sup>4</sup> Contin. de Boncenne, *Théorie*, t. V, p. 136.

après avoir donné, sur l'autorité de Rodier, une signification générale à l'intervention passive ou forcée. « Elle a lieu, dit Rodier (*Questions sur l'ordonnance de 1667*, titre XI, art. 28, question 1), quand une tierce partie est assignée pour intervenir dans un procès pendant. » Puis il poursuit lui-même en ces termes : « On la désigne aussi sous le nom de *mise en cause* ou de *demande en déclaration de jugement commun*. Cette dernière dénomination est employée lorsque, sans prendre des conclusions directes contre la partie appelée, on se propose uniquement de la mettre à même de faire valoir ses droits dans l'instance, afin d'éviter qu'elle ne puisse attaquer par tierce-opposition le jugement qui lui serait étranger. » De cette manière l'intervention forcée est virtuellement restreinte au cas où elle sert à prévenir une tierce-opposition, mais il semble qu'on se réserve, le cas échéant, d'aller plus loin. Dalloz<sup>1</sup> aussi commence comme s'il supposait une application plus étendue de ce moyen. « Toutes les fois », dit-il, « qu'un tiers, qui n'est pas appelé dans un procès, pourrait se plaindre de n'y avoir pas été partie et recommencer une instance sur la même question, la partie intéressée a le droit incontestable de l'appeler en cause pour faire déclarer commun avec lui le jugement à intervenir, » et un peu plus loin, voulant développer le principe sur lequel repose l'intervention forcée, il introduit directement la notion de la tierce-opposition : « Tout individu qui aurait qualité pour former tierce-opposition au jugement peut être forcé d'y intervenir », et il ajoute : « L'intervention forcée est la conséquence de l'intervention volontaire; les deux droits sont corrélatifs. » Enfin pour montrer combien a été généralement adopté le sens restreint donné par Berriat à l'expression d'intervention forcée, je puis m'appuyer sur un auteur qui, justement parce qu'il n'en parle qu'incidemment, n'en représente que mieux l'opinion commune. Il dit : « Ce droit est exceptionnel; il est absolument restreint au cas où celle-ci (la personne assignée) aurait le droit de former tierce-opposition au jugement qui serait rendu en son absence<sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> Répertoire, v<sup>o</sup> *intervention*, sect. 3, n<sup>o</sup> 142.

<sup>2</sup> M. Ern. Valabrègue, *De la loi « diffamari » ou de l'action de jactance*, dans cette revue, t. XVII, p. 48.



Passant maintenant à l'examen des arguments sur lesquels les auteurs que j'ai cités, et d'autres encore qui ne font guère que les répéter en variant seulement leur phraséologie, se fondent pour admettre comme légitime cette « assignation en déclaration de jugement commun », je n'aurai pas besoin, après tout ce que j'ai déjà fait observer par rapport à l'exposé des motifs du projet de 1866, de m'arrêter longuement à la justification donnée par Berriat Saint-Prix <sup>4</sup> en ces termes : « C'est une règle encore dérivée du grand principe de l'abréviation des procédures admises par tous les tribunaux et non abrogée par les lois modernes. » Ce *grand principe* n'est en réalité qu'un *grand mot*. Car, quoique le législateur s'en soit inspiré en mainte occasion, il n'est pas pour cela loisible de l'appliquer à un cas passé sous silence par le législateur, en tenant compte de la seule considération que dans ce cas aussi il serait possible d'abrégier la procédure ! Quelque vrai qu'il soit que tous les tribunaux ont appliqué ce principe en admettant en règle générale l'intervention forcée, ceci ne constitue qu'une tradition, respectable sans doute, et dont il faut tenir compte, mais qui n'est pas soustraite pour cela à toute investigation sur la légitimité de ses titres. Dire qu'elle n'est pas abrogée, tandis qu'on ne peut s'appuyer que sur la tradition, qui revient à un usage de la pratique, c'est se mettre en contradiction flagrante avec l'art. 1041 du Code de Pr. qui porte : « Toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile, seront abrogés. »

Que dire maintenant de cette affirmation de Dalloz, qui prétend que l'intervention forcée « est fondée sur la nécessité et sur la nature même des choses ? » Ceci non plus n'est rien qu'une phrase. Car, quelque nécessaire qu'il soit de simplifier la procédure, quelque nécessaire qu'il soit, en vue de cette simplification, d'accorder aux parties des moyens spéciaux pour faire valoir leurs droits ou de les leur refuser, il sera extrêmement difficile d'admettre l'existence de moyens spéciaux de ce genre, indépendamment de tout texte formel de la loi. Cette difficulté devient plus grande encore sinon insurmontable, si le moyen spécial que l'on veut accorder à l'un porte atteinte, comme c'est ici le cas,

<sup>4</sup> L. c. la 16<sup>e</sup> note.

aux droits d'un autre, non pas seulement à un droit de faire usage de tel ou de tel autre moyen, mais de plus à la libre disposition même de ses droits, à la faculté de juger lui-même de l'opportunité de maintenir son droit. Comment cette violation d'un droit qu'on peut dire naturel pourrait-elle jamais être *nécessaire* ou, à plus forte raison, fondée sur ce qu'on se permet d'appeler *la nature même des choses* ?

Le silence gardé par le législateur sur l'intervention forcée est aussi un obstacle des plus sérieux à ce qu'on l'admette. Ce silence, s'explique-t-il, comme le prétend M. Bourbeau, parce que le tiers appelé dans la cause est toujours un défendeur, et que l'action dirigée contre lui est une action *principale* soumise quant à sa forme aux règles de la procédure, qu'ainsi il ne pouvait en être question sous le titre *des incidents* ? Auounement ! Si le législateur avait voulu reconnaître l'intervention forcée, il n'était point tenu à la régler dans le titre des incidents. Rien ne l'empêchait d'en parler dans un autre titre ou bien d'y consacrer un titre spécial. Du reste, les nouveaux projets de révision prouvent assez qu'il n'était pas impossible de traiter de l'intervention forcée dans le titre des incidents.

Reste ainsi comme seul et unique argument celui-ci : une fois la tierce-opposition admise, l'admission de l'intervention forcée en est la conséquence. Quand M. Dalloz ajoute : « L'intervention forcée est la conséquence de l'intervention volontaire, les deux droits sont corrélatifs, » ce n'est encore qu'une phrase, le produit d'une logique purement spéculative qui fait abstraction de la réalité. Parce que le législateur m'accorde la *faculté* de faire valoir mon prétendu droit dans un procès entre d'autres parties, parce qu'ainsi, outre la faculté qui m'est laissée d'agir par la voie d'une action principale, il m'est accordé un moyen spécial pour atteindre le même but, il est nécessaire que *vous* ayez un moyen de *me forcer* à ce que je fasse usage de ce moyen spécial au moment et dans les circonstances qui vous conviennent le mieux ! Comprenez qui pourra !

Je reviens à la question. Pourquoi prétend-on que l'admission de la tierce-opposition implique celle de l'intervention forcée ? C'est parce que celui à qui compète la tierce-opposition a par

cela un moyen de troubler les effets d'un jugement rendu entre d'autres parties et qu'il est de toute nécessité qu'il puisse être forcé de faire valoir son droit dans la cause pendante entre ces autres parties, afin que de cette manière le jugement à intervenir ait autorité contre lui de sorte qu'il ne puisse plus le combattre par la tierce-opposition. Je le demande, la violation de la maxime : *nemo inuitus agere cogatur* n'est-elle pas évidente dans ce cas aussi, pour les mêmes raisons que j'ai déjà alléguées ?

Cette tierce-opposition, la loi ne me l'accorde-t-elle pas parce que le jugement rendu dans une cause où je n'étais pas partie porte préjudice à mes droits ? N'est-elle donc pas un moyen qui m'est accordé en même temps que d'autres pour la défense de mes droits ? L'intervention volontaire est un de ces moyens que la loi m'accorde. Il va de soi qu'il dépend de ma volonté de faire usage ou non de ce moyen, puisque c'est à moi seul de juger si je veux ou non défendre mes droits. Pour quelle raison dois-je être forcé exceptionnellement de faire usage de ce moyen déterminé ? Parce qu'il convient à quelqu'un de me désarmer d'avance de la tierce-opposition que la loi a mise à ma disposition, je suis forcé de poursuivre mon droit par une autre voie, qu'elle me convienne à moi ou pas ! Où est la justice ? Serait-il vrai que la loi peut reprendre d'une main ce qu'elle donne de l'autre ?

Il suffit de formuler un peu dans le détail les moyens sur lesquels devra reposer une assignation en déclaration de jugement commun pour rendre évident à quel point cette institution est insoutenable. « Attendu que le jugement qui sera rendu entre moi et Cajus, pourra porter préjudice à vos droits ; attendu qu'il est pour cette raison de *mon* plus grand intérêt que le jugement vous lie aussi ; je vous assigne pour que vous fassiez valoir dans cette même cause-ci le droit par lequel vous pouviez attaquer le mien et qu'ainsi vous soyez lié par le jugement à intervenir. » Il faut bien remarquer que le tiers n'est pas seulement forcé de faire valoir son droit, ce qui renferme une violation de sa liberté de disposer de ce qui lui appartient, mais que même il devra le faire, parce qu'un jugement à *intervenir entres d'autres parties* POURRA porter préjudice à ses droits. N'oublions pas qu'il n'est

pas du tout certain que le jugement sera rendu dans ce sens. Et le tiers est forcé par un autre d'agir, tandis que sans cela il pourrait tranquillement attendre le prononcé du jugement et examiner alors ce qu'il aura à faire, pourrait sans cette assignation en déclaration de jugement commun, attendre jusqu'à ce qu'il soit certain qu'il y a préjudice à son égard; c'est en vue de ce cas que la loi lui accorde la tierce-opposition. Mais si une autre personne prétend qu'il lui est plus commode et qu'il sera plus simple qu'il fasse valoir son droit plus tôt et dans une autre occasion, c'est cette autre personne qui aura la faculté de le priver du moyen spécial que la loi lui accorde! Est-il acceptable qu'un moyen de droit comme l'intervention forcée, qui viole un principe fondamental de la procédure et qui le fait d'une manière aussi irrationnelle que possible, soit considéré comme admis tacitement, quand déjà il est en soi périlleux d'admettre un moyen spécial de droit sans que la loi en fasse mention? Est-il acceptable que la tierce-opposition, institution dont la valeur est en soi très problématique, puisse impliquer l'admission d'un moyen de droit dénué de toute valeur intrinsèque, d'une institution que l'on a beau défendre en invoquant l'usage de la pratique et qu'on a beau abriter sous le pavillon de la simplification de la procédure, mais qui n'en reste pas moins le produit bâtard d'une pratique qui se meut en dehors des intérêts de la justice, et qui par cela même est dépourvue de l'autorité d'une tradition vraiment respectable?

M. Valabrègue l'a très bien dit : « Nous avons affaire ici à une exception à la règle : *nemo invitus agere cogatur*. » Mais, je le demande, comment cette exception peut-elle se justifier sans texte exprès de la loi? Et de quel droit M. Valabrègue restreint-il l'exception quand il dit : « Ce droit est absolument restreint au cas où celle-ci aurait le droit de former tierce-opposition au jugement qui serait rendu en son absence? » Cette restriction n'est-elle pas aussi arbitraire que l'exception elle-même? Mais l'arbitraire ne s'arrête pas là.

Lorsque la plupart des auteurs prétendent que l'assignation en déclaration de jugement commun peut avoir lieu en appel, parce que le tiers aurait le droit d'attaquer, au moyen de la tierce-oppo-

sition, le jugement prononcé en appel, ce qui lui permettrait de porter la cause devant le juge d'appel, et que dès lors il n'est pas privé d'un degré de juridiction, Dalloz<sup>1</sup> combat cette opinion en se basant sur ce que la tierce-opposition est essentiellement *facultative*. En effet la faculté du tiers-opposant de renoncer volontairement à un degré de juridiction fait qu'on ne peut l'y forcer par une assignation en déclaration de jugement commun. Ceci ne condamne-t-il pas directement l'intervention forcée elle-même ? D'où vient qu'on se montre dans ce cas tellement soigneux de protéger la liberté de l'assigné, tandis que l'intervention forcée n'est pas autre chose que la négation de cette liberté<sup>2</sup> ?

Et pourtant la jurisprudence des arrêts est divisée sur cette question. L'inconséquence à laquelle Dalloz et d'autres se laissent entraîner, quand il s'agit de l'application de l'intervention forcée, n'est rien moins qu'une justification de ce moyen, et la conséquence de ses contradicteurs ne sert qu'à rendre plus évidente encore la violation du principe fondamental de la procédure que je ne cesse de rappeler.

L'opinion des auteurs français que j'ai passés en revue est reproduite, avec ou sans argumentation, en tout cas sans rien de nouveau, chez Rauter, *Cours de proc. civ. fr.*, n° 235; Bonnier, *Éléments de proc. civ.*, n° 723, Mourlon, *Répétitions sur l'org. jud. la compét. et la procéd.*, 5<sup>e</sup> éd. de Naquet, n° 565; Garsonnet, *Traité théor. et prat. de procéd.*, etc., § 386 et surtout § 394, t. II, p. 686, 722.

Tout bien considéré, il ne me semble pas douteux que la loi néerlandaise admet aussi peu l'intervention forcée que ne le fait

<sup>1</sup> L. c. n° 147 et 148.

<sup>2</sup> J'avoue ne pas comprendre que par exemple Berriat et Carré puissent d'un côté justifier l'intervention forcée comme servant à prévenir la tierce-opposition, et d'un autre côté, là où ils traitent de la tierce opposition, déclarer en termes formels que celle-ci est essentiellement facultative, et n'invoquent à l'appui de cette assertion que l'autorité due au jugement. Carré semble avoir senti cette contradiction, mais prononce par cela même la condamnation de l'intervention forcée quand il dit : « Le droit de le contraindre à cette intervention n'est établi qu'en faveur de la partie intéressée, » etc. Voilà bel et bien une faveur accordée à une partie seule en dehors de tout texte formel !

le Code de proc. civ. français, et que la pratique, fondée uniquement sur la tradition, est contraire à la loi.

Je ne m'arrêterai pas longtemps à la question de savoir s'il est désirable de sanctionner et de régler l'intervention forcée dans la loi. Pour que le législateur se permit de violer ainsi la maxime : *nemo invitus agere cogatur*, il faudrait qu'il fut démontré qu'on ne peut absolument pas se passer de ce moyen. Mais, loin de là, l'absence de l'intervention forcée ne cause aucune lacune dans la loi et je ne connais pas un seul cas où elle eût été, je ne dirai pas indispensable, mais même désirable, à moins qu'on n'ait voulu se soucier uniquement de l'intérêt d'une seule des parties, au lieu, comme on le doit, de celui de toutes les parties.

Si l'on examine la jurisprudence des arrêts, on découvre que l'intervention forcée a été appliquée sans aucune nécessité ; de leur côté les auteurs citent comme exemples de cas où elle serait applicable justement des cas où l'on ne devait pas en faire usage.

Quant à la première assertion, je m'en rapporterai à la première cause que Merlin <sup>1</sup> discute tout au long, s'en servant en même temps pour démontrer que l'assignation en déclaration de jugement commun peut se faire pour la première fois en appel.

Voici le cas, dans les termes mêmes dont Merlin se sert pour l'exposer ; je ne saurais comment le faire plus brièvement et plus clairement que lui. « Le 14 floréal an XIII, M. Taffin, juge à la Cour d'appel de Douai, acquiert du sieur Delabarre une ferme située à Rombies, près Valenciennes, et s'oblige par le contrat d'en payer le prix à la décharge du vendeur au sieur Serret, créancier hypothécaire inscrit sur cet immeuble. Le 15 janvier 1806 le sieur Daoust, curateur à la faillite du sieur Delabarre, fait signifier à M. Taffin un exploit portant « défense de se dégarnir d'aucune « somme ou deniers provenant de la vente dont il s'agit, sans « préjudice aux droits de propriété des biens vendus du chef du « sieur Delabarre dans l'exercice desquels droits le dit curateur « entend rester entier au nom de ses commettants. » .

« Le 22 février suivant, le sieur Serret fait commandement à M. Taffin de lui payer le principal et les intérêts de sa créance.

« Le 17 mars de la même année M. Taffin fait assigner le sieur

<sup>1</sup> L. c. sub. III.

Serret au tribunal civil de Valenciennes pour voir dire qu'il sera reçu opposant au commandement du 22 février et que toute poursuite en expropriation forcée demeurera suspendue jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la saisie-arrêt du sieur Daoust, *aux offres qu'il fait, soit de payer à qui par justice sera ordonné, et en le faisant ainsi prononcer avec le sieur Daoust, soit de consigner subsidiairement, voir ordonner aux parties d'en venir avec ledit Daoust, partie saisissante, à l'audience qui sera désignée, toute chose demeurant en état.*

« Le 4 avril 1806, jugement, qui, sans s'arrêter aux demandes de M. Taffin, permet au sieur Serret de continuer ses poursuites en expropriation forcée de l'immeuble hypothéqué à sa créance.

« M. Taffin appelle de ce jugement à la Cour de Douai.

« Le 10 juin de la même année, arrêt qui met l'appellation et ce dont est appel au néant ; émendant, avant faire droit au principal, ordonne que le sieur Daoust sera mis en cause à la diligence du sieur Serret, pour être statué contradictoirement avec lui sur la mainlevée de la saisie-arrêt ; et autorise M. Taffin à consigner le prix de son acquisition aux frais de qui il appartiendra, sauf au sieur Serret à se le faire délivrer sous caution. Assigné en vertu de cet arrêt devant la Cour d'appel de Douai, le sieur Daoust expose qu'il lui est indifférent que M. Taffin « délivre au sieur Serret le prix de son acquisition, dès là que « la masse créancière du sieur Delabarre reste entière dans le « droit de provoquer la nullité de la vente de l'immeuble acquis « par M. Taffin. » Il ajoute « que la contestation sur la nullité « de ladite vente ne peut être que la suite d'une action principale qui doit subir les deux degrés de juridiction.

« La Cour, sans s'arrêter aux conclusions prises par Daoust dont il est debouté, lui ordonne de plaider sur les causes qui ont donné lieu à ladite saisie, considérant, entre autres, qu'il est suffisamment justifié que la saisie-arrêt n'a eu d'autre motif qu'un droit de propriété prétendu par la partie Daoust dans la chose vendue à M. Taffin et qu'il n'a pas dépendu de Taffin que Daoust justifiât ses prétentions devant les premiers juges, puisque Taffin a provoqué devant eux sa mise en cause.

Après que le sieur Daoust eût plaidé ses moyens au fond, la

Cour déclare les saisies et défenses faites par Daoust ès mains de la partie Taffin nulles et de nul effet et déclare que le paiement fait provisoirement par Taffin à Serret, sera définitif.

La question qui se pose est celle-ci : L'assignation du curateur demandée par Taffin en première instance était-elle nécessaire? Contenait-elle une défense bien fondée contre l'éviction entamée par Serret? Point du tout, à mon avis. Car Serret agissait en qualité de créancier hypothécaire dûment inscrit; il avait le droit, même sans tenir compte du contrat de vente par lequel Taffin s'était obligé de payer le prix à Serret à la décharge du vendeur, d'évincer Taffin comme tiers-possesseur de la ferme, et celui-ci ne pouvait s'y soustraire qu'en payant la somme due. Merlin prétend que le tribunal aurait dû faire droit à la demande de Taffin d'assigner le curateur, car, dit-il, « M. Taffin ne pouvait pas simultanément subir de la part du sieur Serret des poursuites en expropriation forcée et de la part du sieur Daoust une saisie-arrêt motivée sur la prétendue nullité de son acquisition. » Je demande pourquoi pas? Que lui fait cette prétendue nullité de son acquisition affirmée uniquement dans une sommation, sans même avoir été poursuivie par une demande en nullité du contrat? Quels sont, en tout cas, les droits que le curateur pouvait prétendre sur les deniers avec lesquels Taffin payerait la créance hypothécaire dont la validité n'était ni contestée, ni même contestable? Il pouvait convenir à Taffin, pour simplifier la procédure qu'il allait entreprendre, de combiner son opposition à la saisie du créancier avec une demande en mainlevée de la saisie-arrêt fondée sur la nullité prétendue de son titre d'acquisition; mais comment est-il possible de justifier par là la complication qui en résulte dans la procédure entamée par Serret, que l'on forçait d'attendre qu'un jugement fût rendu sur la validité de la saisie-arrêt, quoique son droit de créancier hypothécaire n'en dépendît en aucune manière?

L'intervention forcée n'était donc nullement motivée en soi. Mais à supposer que, admise en général, elle fût applicable dans le cas particulier, ce ne pouvait être qu'en vertu de la considération que, si le curateur n'était pas appelé, il pourrait attaquer le jugement par la tierce-opposition. Or, le curateur aurait-il eu ce droit?



Oui, selon Merlin : « parce qu'autoriser le sieur Serret à exproprier M. Taffin, c'eût été juger que M. Taffin était propriétaire, c'eût été juger que la vente du 24 floréal an XIII était valable, c'eût été juger que la saisie-arrêt du 15 janvier 1806 était nulle. »

Le respect que j'éprouve pour l'autorité incontestable de Merlin ne va pas jusqu'à m'empêcher de dire que de ces trois assertions l'une me semble encore moins juste que les autres. Non ! la Cour n'aurait pas jugé que Taffin était devenu propriétaire ; elle aurait seulement jugé qu'en qualité de tiers possesseur il était obligé de subir l'expropriation ; la Cour n'aurait pas jugé non plus que la vente était valable, car ni la validité ni la nullité de la vente ne pouvaient avoir l'effet que Taffin ne fût pas tiers possesseur au moment où le créancier Perret lui fit le commandement de payer ; enfin, la Cour n'aurait pas jugé que la saisie-arrêt du 15 janvier 1806 était nulle, mais elle aurait jugé seulement que Taffin ne pouvait invoquer cette saisie-arrêt pour se libérer de la saisie de Serret, puisque le droit du créancier hypothécaire était tout-à-fait indépendant des prétentions du curateur.

Il résulte de là que celui à qui il revenait de faire usage de l'intervention forcée dans ce procès n'en avait pas besoin et que celle-ci n'y aurait pas été admissible lors même que le législateur aurait reconnu ce moyen en lui-même. Mais ce n'est pas tout ! L'admission de l'intervention forcée dans ce procès a privé d'un degré de juridiction la partie forcée à intervenir. Car le curateur n'a pas été appelé en première instance ; il ne l'a été pour la première fois qu'en appel.

Quand Merlin répond à cette objection que ce n'était pas la faute de M. Taffin si le sieur Daoust n'avait pas été partie en première instance, que c'était la faute des premiers juges, qui avaient refusé l'assignation du tiers, et que l'appelant ne peut faire autrement que de demander au juge supérieur le redressement de ce grief, je me permets de demander en premier lieu : où est-il écrit que la loi qui veut que chaque partie jouisse des deux degrés de juridiction, est modifiée par l'intérêt de l'une des parties, voire même par l'intérêt du demandeur, de telle sorte que le défendeur soit, en faveur du demandeur, privé de ce droit ? Si le juge de l'appel estimait que le tiers aurait dû être

mis en cause, n'aurait-il pas dû annuler le premier jugement et renvoyer l'affaire aux premiers juges afin que, ordonnant la mise en cause du tiers ils rendissent un jugement conforme à la sentence de la Cour? On dirait que non. On dirait que toutes les règles de compétence et de procédure doivent baisser pavillon devant les prétentions de cet intrus qui s'appelle l'intervention forcée!

C'est parce qu'il en a besoin pour sa thèse que Merlin invente la doctrine « que la nécessité des deux degrés de juridiction n'est générale que pour les affaires; elle admet quant aux personnes une exception » exception qu'il se hâte, notons-le, de vanter comme « aussi notoire que juste et sage »!

« Cet exception est », selon Merlin, que toutes les fois qu'une partie qui n'a pas figuré dans un jugement de première instance dont il y a appel, a qualité pour former une tierce-opposition au jugement qui doit prononcer sur l'appel même, elle peut intervenir devant le tribunal supérieur, comme on peut, si elle n'y intervient pas de son propre mouvement, l'y faire intervenir de force. Et plus loin, il le dit encore plus explicitement: « En effet, le droit qu'a d'intervenir en cause d'appel la partie qui pourrait attaquer par tierce-opposition le jugement à rendre, entraîne nécessairement pour les parties principales le droit de la forcer d'intervenir effectivement, lorsqu'elle ne le fait pas d'elle-même; l'un est absolument corrélatif à l'autre ».

Ainsi donc, ici encore on invoque dans l'intérêt de l'intervention forcée ce soit-disant principe que la *faculté* qu'on a de faire usage d'un moyen emporte l'*obligation* d'en faire usage, toujours en contradiction avec le principe fondamental qui domine la défense des droits civils, principe au sujet duquel j'ai déjà dit ce qui est nécessaire. Merlin invoque ici devant la Cour de cassation l'autorité d'un arrêt de cette Cour et son argumentation a été répétée, comme nous l'avons vu, par tous les auteurs qui sont venus ensuite. Voilà d'où vient son affirmation que l'exception est *notoire*; mais d'où tire-t-il la preuve qu'elle est *juste et sage*? De ceci, qu'en réalité l'exception n'en serait pas une!

En effet, poursuivant sa démonstration, Merlin demande comment il est possible d'estimer qu'on prive d'un degré de juridic-

tion la partie assignée en déclaration de jugement commun. Et il répond qu'en réalité on ne le fait pas. « Car si, sur l'appel, elle n'était pas mise en cause et qu'elle usât ensuite de son droit de former une tierce-opposition à l'arrêt, où devrait-elle porter cette tierce-opposition ? Elle devrait la porter devant la Cour d'appel, et elle ne pourrait pas la porter ailleurs. » « On ne fait donc, » ajoute-t-il, en la mettant en cause, que hâter le moment de sa comparution directe et immédiate devant la Cour d'appel. » Cette partie forcée n'a-t-elle donc aucun lieu de se plaindre, privée qu'elle est du libre choix parmi les moyens mis à sa disposition pour la défense de ses droits, forcée qu'elle est d'user d'un moyen qui n'est nulle part réglementé, forcée à cela parce que cela convient mieux à un autre pour la défense de ses propres droits, et à un moment qui ne convient pas à celui qu'on force, mais à cet autre ?

Ainsi, pour justifier l'existence d'un bizarre moyen de droit, on se sert d'une hérésie pour faire passer l'autre. En vérité, c'est bien le cas de dire : en fait d'hérésie ce n'est que le premier pas qui coûte <sup>1</sup> !

Carré <sup>2</sup> cite, comme exemple des cas où l'intervention forcée serait applicable, la cause suivante : « On a le droit d'exercer cette action toutes les fois qu'un tiers aurait droit de former tierce-opposition contre un jugement rendu ou à rendre. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où une maison, possédée en indivis par plusieurs personnes, est réclamée par une autre ; si celui qui réclame n'a intenté son action que contre l'un des copossesseurs, chacun des autres, ayant le droit de se rendre tiers opposant, pourrait être assigné en déclaration de jugement commun. »

L'assignation en déclaration de jugement commun est-elle

<sup>1</sup> La chose sera plus évidente encore si l'on considère que, quoiqu'on dise que les règles de procédure pour l'intervention volontaire seront applicables à l'intervention forcée, on doit nécessairement avoir recours à un *ajournement* pour l'introduction de l'instance et que la nature des choses ne permet non plus l'application de l'art. 340, C. de Pr. Il est clair qu'on ne se trouve plus sur le terrain de l'interprétation de la loi, mais sur celui de la législation ; on se fait, en un mot, législateur au petit pied.

<sup>2</sup> *L. c.*, Q. 1271 note 2.

vraiment applicable à ce cas, ou bien troublerait-elle ici aussi la marche régulière de la procédure et apporterait-elle la confusion dans les moyens de droit qui compètent à chacune des parties selon la nature de leur position individuelle? Je crois que c'est dans le dernier sens qu'il faut répondre à cette question.

De fait, si dans le cas proposé la revendication a été dirigée contre l'un seul des possesseurs, tandis que tous ensemble et en vertu de leur copossession, sont détenteurs de la chose, la demande n'a pas été intentée contre tous les détenteurs et le jugement qui est demandé ne peut pas conduire au résultat désiré, car le délaissement de la chose par l'un des détenteurs ne suffira pas au demandeur. La demande est donc non recevable et ce moyen de défense ne peut être rendu illusoire que par un ajournement rectifié. L'assignation des autres détenteurs en déclaration de jugement commun ne servirait qu'à éluder la loi.

Si au contraire la revendication était dirigée contre un des possesseurs qui se trouvât en même temps être seul détenteur de la chose, et ainsi contre ce possesseur en sa qualité de détenteur, ce serait à celui-ci à faire notifier la demande à ses copossesseurs, pour la quote-part de chacun desquels il est détenteur, afin que ceux-ci pussent intervenir dans le procès et même prendre fait et cause du défendeur pour leur part.

Si le demandeur en revendication avait, avant le procès, connaissance de cette situation, il aurait pu intenter son action contre le détenteur et en même temps contre les autres possesseurs, pour que ceux-ci eussent à consentir au délaissement de la chose par le détenteur. Mais s'il n'a pas agi ainsi, les copossesseurs auront le droit de revendiquer leur quote-part nonobstant le jugement qui condamne le détenteur au délaissement. Le détenteur copossesseur était obligé et avait le droit de dénoncer la demande à ses copossesseurs et de les appeler en cause, mais si l'on accorde ce droit au demandeur revendiquant, non seulement on lui permet d'empiéter sur le droit d'un autre, mais en même temps on lui donne la faculté de forcer un autre à poursuivre son droit sur l'heure et de le priver d'avance du choix qu'il aurait eu sans cela entre la revendication et la tierce-opposition. Il se peut fort bien que lesdits copossesseurs ne veuillent ni de l'un ni de

l'autre moyen après avoir pris connaissance du jugement rendu. Ici nous nous heurtons de nouveau à la thèse non démontrée de Merlin et de la Cour de cassation, que celui qui pourrait former éventuellement une tierce-opposition doit être forcé à intervenir. Je n'insisterai pas sur ce que dans un cas comme celui dont il est question, les copossesseurs n'ont pas besoin de la tierce-opposition et qu'ils auraient sujet de craindre de se voir déclarer non recevables. En tout cas il y a un arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 1834 qui pourrait suggérer cette crainte <sup>1</sup>.

Je disais tout à l'heure que dans ce cas et d'autres pareils ce n'est que le premier pas qui coûte. Il ne faut donc pas s'étonner de ce que, une fois admise l'intervention dans la cause, on l'ait étendue au cas où le jugement est déjà rendu. Berriat <sup>2</sup> dit dans ce sens, et d'autres après lui, « qu'on peut exercer l'action en déclaration de jugement commun, comme action principale, quand on a omis d'amener dans la cause et avant la décision, le tiers intéressé; on le cite alors pour voir déclarer commun contre lui le jugement déjà rendu. » Faut-il s'étonner de ce qu'ici comme toujours on a égard au seul intérêt du demandeur? M. Garsonnet <sup>3</sup> à son tour dit : « Elle est encore recevable, à cette époque, car celui qui la forme peut avoir intérêt à prévenir toute difficulté et à se mettre à l'abri d'une tierce-opposition qui pourrait se produire ultérieurement; elle est cependant moins favorable qu'avant le jugement, car, loin d'empêcher un nouveau procès, elle va au devant de lui et le provoque en quelque sorte. » Et pourtant au lieu de venir à résipiscence par suite de cette remarque et de se rappeler la maxime : *invitus agere nemo cogatur*, M. Garsonnet n'en sait déduire que cette conséquence : « c'est donc une demande à tous égards principale et même introductive d'instance, et par conséquent, soumise au préliminaire de conciliation. »

« Celui qui la forme, » dit M. Garsonnet, « peut avoir intérêt à prévenir toute difficulté. » Oh, je le crois bien; mais, je le demande, cet intérêt suffit-il pour qu'on ait une action? Certes, là

<sup>1</sup> Dalloz, *Rép.*, v<sup>o</sup> tierce-opposition, n<sup>o</sup> 52, 2<sup>o</sup>.

<sup>2</sup> *L. c.* p. 293, la note 17.

<sup>3</sup> *L. c.*, p. 723 s.

où il n'y a point d'intérêt, il n'y a point d'action, car l'intérêt est la mesure des actions, mais s'ensuit-il que chaque intérêt prétendu engendre une action? L'affirmer serait faire un abus énorme de l'argumentation *a contrario sensu*; jamais l'intérêt que je peux avoir à ce qu'un autre agisse et fasse valoir ses droits, ne peut me donner le pouvoir de le contraindre à faire valoir ses droits <sup>1</sup>.

Le pouvoir de la tradition s'est fait sentir jusque dans le domaine de la législation. Le législateur italien n'a fait aucune difficulté d'admettre l'intervention forcée dans la loi et d'accorder sans restriction aux deux parties le droit d'assigner un tiers à intervenir dans la cause. Car il n'y a pas de différence à parler comme lui d'« *un terzo a cui creda commune la controversia* », ou, comme l'auteur du projet français de « toute personne ». Le législateur italien, lui non plus, ne s'est pas arrêté dans la fausse voie; car, de même que le projet français de 1866, il donne au juge le pouvoir d'ordonner d'office cette mise en cause à la diligence de celle des parties qu'il désignera <sup>2</sup>.

Le projet belge de 1869 reconnaît en termes formels l'intervention forcée. Allard lui-même, le savant rapporteur de ce projet, a fléchi ici avec la commission devant la tradition, quelque indépendante qu'elle se soit du reste montrée en formulant ses propositions. L'art. 19 du titre V *des incidents*, le dernier article du chap. IV *de l'intervention*, contient cette disposition : « Lorsque l'une des parties en cause assigne un tiers en déclaration de jugement commun, elle devra dénoncer l'assignation par acte signifié à l'autre partie. Cette intervention forcée sera régie par les art. 17 et 18 ci-dessus. » On règle donc uniquement les formalités à observer. Le moyen de droit lui-même est supposé connu. Et cette notoriété ne repose que sur la tradition. L'exposé des motifs confirme que c'est bien ainsi que l'on a envisagé la chose. Il dit : « L'art. 19 consacre le principe de l'intervention forcée ou de la mise en cause, déjà reçu par la jurisprudence, malgré l'absence de tout texte dans le Code de 1806, et cela en vertu d'anciennes traditions basées elles-mêmes sur l'intérêt pu-

<sup>1</sup> Je me permets de rappeler ici la loi 19 ff *Ad exhibendum* (X, 1).

<sup>2</sup> *Codice di procedura civile* art. 203 et 205.

blic (Bonnier. *Elem. de proc.*, n. 723, Carré et Chauveau, Q. 1271, C. ital., 203, 205). »

Il est pourtant fort remarquable que ce projet ne veuille pas du tout de l'application d'office. La commission s'en tient sur ce point à la jurisprudence de la Cour de Bruxelles, arr. du 29 avril 1862, « comme étant seule conforme aux principes de la procédure civile. » Pourtant il est singulier, après ce qu'on vient de lire sur la mise en cause par une des parties, de trouver motivée comme suit la répudiation de l'application d'office de ce moyen : « Le tribunal ne peut prendre aucune mesure d'office, à moins que l'ordre public n'y soit intéressé <sup>1</sup>. » Ainsi l'intérêt public justifie dans un cas ce qu'il défend dans un autre cas semblable.

Le « *Civilprozessordnung* » de l'empire allemand passe sous silence l'intervention forcée (*interventio necessaria*). Non pas certes qu'on ne connaisse en Allemagne cet *abortus* de la pratique judiciaire. Le Code judiciaire de la Prusse (*preussische Gerichtsordnung*), d'autres lois encore et même des projets de date plus récente l'ont connu sous le nom de *adcitation*, au point même que l'on permettait au juge de prendre la mesure d'office. Toutefois, après que le professeur Martin dans la 2<sup>e</sup> édition de son *Lehrbuch* (1805) eût déjà contesté la validité de ce moyen de droit <sup>2</sup>, la parfaite inadmissibilité en a été démontrée jusqu'à l'évidence par *Mittermaier* dans la Revue dite *Archiv f. d. civilistische Praxis* <sup>3</sup>. Dès lors il n'a plus eu que fort peu de défenseurs et enfin l'autorité qu'avait eue cette fausse doctrine fut reconnue et en même temps mise à néant dans le « *bürgerliche Prozessordnung* » du Hanovre (1850) qui contient dans son § 42 cette disposition expresse sous le titre de *Adcitation* : « *Zwang gegen einen Dritten zur Theilnahme an einem Rechtsstreite ist unzulässig.* » Dans l'ouvrage de *Leonhardt* <sup>4</sup>, l'auteur bien

<sup>1</sup> Révision du Code de proc. civ. (extrait des docum. parlem. 1869-1870), p. 70.

<sup>2</sup> Voir le § 306 dans la 13<sup>e</sup> édition du *Lehrbuch* (procurée par le Dr Th. Martin) où se trouvent cités les auteurs plus récents, tandis que le développement dudit § 306 se trouve dans Martin, *Vorlesungen* II, p. 429.

<sup>3</sup> F. III, p. 31.

<sup>4</sup> *Die bürgerliche Proccesordnung und deren Nebengesetze* 3<sup>e</sup> aul. Hannover, 1861, p. 45.

connu du Code hanovrien, on trouve cité à propos de ce § 42, outre la dissertation de Mittermaier, un article de la main de Brauer, qui, tout en adhérent à la démonstration de Mittermaier, conteste de plus la validité d'une forme particulière d'*adcitation*, qui avait trouvé grâce aux yeux de Mittermaier sous le nom d'*adcitation* improprement dite. Les auteurs subséquents qui s'occupent de la procédure, tels que Bayer<sup>1</sup> et Osterloh<sup>2</sup>, ne font mention de l'intervention forcée que pour démontrer qu'elle est absolument inadmissible. Le législateur allemand n'avait donc rien à en dire dans sa nouvelle loi sur la procédure; seulement l'exposé des motifs dit quelques mots pour indiquer que le législateur passe cette institution sous silence parce que le moyen dit *Beiladung* (*adcitation*) est aussi peu admis que l'intervention forcée de la pratique française<sup>3</sup>.

Le moyen de droit dont j'ai contesté la validité dans ces pages offre certes un exemple frappant de l'empire que la tradition exerce sur la procédure civile, empire qui ne lui appartient pas, surtout lorsque, comme dans ce cas, il s'exerce à côté et en dehors de la loi. La tradition crée, ou du moins maintient en vigueur un moyen de droit pour la mise en application duquel elle parvient à organiser les formalités nécessaires en se fondant sur l'analogie. Or, il est évident qu'en fait de procédure il est des plus rares que l'on puisse avoir recours à l'analogie, comme par exemple ce serait le cas, s'il était constant qu'un moyen de droit est accordé et que cependant les formes dans lesquelles on peut faire usage fissent défaut.

N'est-il pas évident encore, par tout ce que nous avons démontré, qu'on fait fausse route si, cherchant les règles de la procédure, on perd de vue les rapports qui existent entre le droit formel et le droit matériel, rapports si étroits qu'on ne peut pas les négliger impunément?

La méthode qu'on a suivi jusqu'ici en traitant maint sujet de procédure, comme l'intervention, la garantie, le désaveu, la reprise d'instance, pêche très souvent par le fait de cette négligence.

<sup>1</sup> *Vorträge über den Civilprozess.*, 10 éd. Munnich, 1869, p. 142 suiv.

<sup>2</sup> Rob. Osterloh, *Lehrbuch des Civilpross.*, II, § 176.

<sup>3</sup> Ad. tit. IV (Livre I, sect. 3) vers la fin sub. VI.



Quant au sujet que je viens de traiter, c'est une lacune très sensible dans la loi que l'absence de dispositions générales sur ce qu'on appelle le *droit des actions*; c'est ce que les savants traducteurs du Manuel de Zachariæ, MM. Aubry et Rau, suivant en cela l'exemple de leur auteur, appellent le *droit civil pratique* et ce qu'on peut appeler encore *la théorie du procès* ou de *la procédure*.

Un projet d'un Code civil présenté aux Chambres néerlandaises en 1820 contenait un livre IV consacré à cet objet. Les députés à la deuxième Chambre des États généraux, Fockema et Beelaerts van Blocland en plaidèrent vaillamment et vainement le maintien, secondés en dehors du Parlement avec aussi peu de succès par feu le savant professeur Nienhuis. La Cour française de cassation a constaté la même lacune et exprimé en conséquence son désir d'y remédier en rédigeant un livre I du Code judiciaire<sup>1</sup>.

Je suis parti de la supposition que l'absence d'une disposition reconnaissant expressément la parfaite liberté de défendre ou non ses droits civils, n'empêche point que la loi ne consacre cette liberté et je ne crois pas que personne me conteste ce point. Mais aurait-on si facilement mis en oubli la maxime : *nemo invitus*, s'il y avait dans le Code, comme dans le projet de 1820, un article prévoyant expressément que personne ne peut être contraint de faire usage de ses droits que dans les cas spécifiés par la loi? S'il avait existé un article dans ce sens, est-ce que l'intervention forcée aurait pu rester en vigueur, quoique la loi ne contiât aucune disposition pour la régler?

De même il ne serait point superflu d'insérer dans le Code une disposition analogue à l'art. 3183 du dit projet qui défendait au juge d'ordonner d'office à qui que ce soit de faire usage de ses droits. Car, quoique l'incompétence du juge découle clairement d'autres dispositions de la loi, le fait qu'elle est expressément mentionnée tracerait au législateur lui-même les limites dans lesquelles il doit se mouvoir. Si cela avait été le cas en France et en Italie, le législateur y aurait regardé à deux fois

<sup>1</sup> Voir *Les observations préliminaires de la Cour de cassation sur le projet de Code de procédure civile*.

avant d'accorder au juge la faculté de faire assigner d'office un tiers, comme le veut le projet français de 1866 et la loi italienne de 1865.

Des dispositions du genre de celles que j'indique, empêcheraient le législateur même de songer à admettre en termes généraux, sous prétexte de simplifier la procédure, un moyen de droit qui, parfois, peut servir à simplifier, mais d'ordinaire doit compliquer. Elles l'empêcheraient aussi, dans les cas où il juge nécessaire l'usage d'un moyen de droit de cette espèce, d'oublier son devoir, en l'admettant, de ne pas perdre de vue l'abus qu'on pourrait en faire.

Pour conclure, j'estime que l'intervention forcée est contraire à la législation néerlandaise et qu'il n'est pas désirable qu'on l'y introduise, et en tout cas il me semble que la manière dont le projet français l'a admise et réglée est absolument inacceptable et menaçante pour la bonne marche de la procédure.

R. VAN BONEVAL FAURE.

### DE L'ENQUÊTE ET DE L'EXPERTISE *IN FUTURUM*,

Par M. Ernest VALABRÈGUE, conseiller à la Cour d'appel d'Aix.

#### § I.

1. Une décision récente de la Cour de cassation nous ramène encore, par une association d'idées qui s'impose, à l'étude d'une vieille procédure.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 octobre 1886 <sup>1</sup> vient de décider qu'une demande en nomination d'experts ne saurait faire l'objet unique d'une action principale, que, par suite, elle devait être déclarée irrecevable.

Cette question se rattache par un lien des plus intimes à celle de savoir si la procédure connue dans notre ancien droit sous le nom *d'enquête d'examen à futur* est encore en vigueur de nos jours. Nous nous proposons, dans ce travail, d'élargir un peu le problème que la Cour suprême a eu à résoudre. Nous l'examinons au double point de vue de l'enquête et de l'expertise, qui sont les mesures d'instruction les plus usitées devant nos tribu-

<sup>1</sup> P. 1887, p. 1159.

naux, et dont la doctrine ainsi que la jurisprudence se sont surtout préoccupées. Nous nous placerons d'abord sur le terrain de l'ancien droit ; nous ferons plus spécialement connaître tout ce qui avait trait à l'enquête à *futur*. Nous rechercherons ensuite quelle est la solution qui doit prévaloir sous l'empire de notre législation moderne.

## § II.

### ANCIEN DROIT.

2. Il était admis, dans notre ancien droit, que toute mesure d'instruction, toute preuve sollicitée par une personne ne pouvait avoir d'autre but que d'éclairer le juge sur la solution à donner aux difficultés portées devant lui, que, dès lors, il n'était permis d'y conclure qu'accessoirement à un litige dont il était saisi. Pour qu'une pareille demande fût accueilli, il fallait aussi que l'instance fût arrivée à cette phase de la procédure, qui, par une réminiscence du droit romain, portait le nom de *contestation en cause*<sup>1</sup>. Une mesure d'instruction aurait été prématurée avant cet acte important. Les parties n'ayant pas encore produit leurs moyens, le demandeur ignorait jusque là quels étaient les points qui seraient l'objet des dénégations ou des aveux du défendeur, et, comme la preuve ne portait naturellement que sur le chef qui soulevait un débat, il était dans l'impossibilité d'y conclure d'une façon pertinente, tant qu'il n'était pas fixé sur les prétentions de son adversaire.

3. Une dérogation notable fut apportée toutefois aux principes que nous venons d'exposer. On ne tarda pas à reconnaître à quels dangers conduisait leur application rigoureuse. Une personne, qui était assurée du triomphe de ses droits, grâce à l'audition de certains témoins, était menacée plus d'une fois de voir cette preuve lui faire défaut. Des témoins âgés ou valétudinaires pouvaient mourir ; ou bien, quelques-uns d'entre eux étaient à la veille d'entreprendre un lointain voyage. Un long intervalle de temps pouvait s'écouler avant qu'il fût permis de recueillir leurs

<sup>1</sup> Avant l'ordonnance d'avril 1667, on entendait par contestation en cause le premier règlement qui intervenait après les défenses fournies par les parties (*Pratique de Tagereau*, ch. XLII, p. 137).

dépositions, même si on prenait l'initiative d'une instance. Peut-être aussi ces témoignage précieux ne devaient-ils servir que de moyens de défense. Un adversaire trop habile attendait leur disparition pour porter son action devant les tribunaux.

4. Nos anciens jurisconsultes, frappés de ces inconvénients, jugèrent à propos de venir au secours de la partie qui se trouvait dans cette situation en lui donnant, sous certaines conditions, la faculté de faire entendre ses témoins devant le juge avant la contestation en cause, ou même en l'absence de tout litige. Tels furent l'objet et le but de la procédure restée célèbre sous le nom *d'enquête d'examen à futur*.

5. Cette procédure avait été empruntée par nos vieux légistes au droit canonique.

Une décrétale du pape Innocent III en avait posé le principe <sup>1</sup>.

Une autre décrétale de Clément III <sup>2</sup> avait consacré son application dans un cas particulier.

6. Le droit canonique crut trouver l'origine de l'enquête à *futur* dans plusieurs textes de la législation romaine, et notamment dans la loi 40, *D., Ad leg. Aquil.*, liv. IX, tit II.

Ce texte, qui est de Paul, vise l'hypothèse d'une personne qui a une créance conditionnelle, et dont le titre est détruit. Elle craint que les témoins qui lui sont nécessaires pour établir ses droits ne soient plus à sa disposition au moment de l'accomplissement de la condition. Elle aura la faculté de les faire entendre immédiatement devant le *judex*, et d'obtenir ensuite, s'il y a lieu, une condamnation conditionnelle contre son débiteur éventuel.

Mais cette loi n'a nullement la portée qu'on lui attribuait. Même en admettant que cette disposition fût exceptionnelle, il faudrait se garder d'étendre hors du cas prévu la faveur qu'expliquerait la situation intéressante du créancier dont elle s'occupe. Du reste, est-il réellement question dans ce texte d'une enquête à *futur*, d'une enquête faite en dehors de tout litige, ou, tout au moins, avant la contestation en cause, alors qu'un procès est déjà engagé? On ne découvre rien de pareil dans la loi de Paul.

<sup>1</sup> Décrétale de Grégoire IX, lib. II, tit. VI, *Ut lite non contestat*.

<sup>2</sup> *Loc. citat.*, lib. II, tit. XX, *De testibus*, § 41, *significavit*.

7. C'est vainement aussi qu'on a cherché le principe de ce genre d'enquête dans la loi 3, § 5, D. *De edict. carbon.*, liv. XXXVII, tit. 10<sup>1</sup>. Ce texte, qui est d'Ulpien, prévoit l'hypothèse suivante :

Rappelons, en deux mots, quelles étaient les dispositions de l'édit carbonien. Lorsqu'on élevait contre un impubère une contestation qui portait à la fois sur son état et sur son droit d'hérédité, de peur de compromettre ses droits par une décision rendue pendant qu'il était impubère, le prêteur différait le procès jusqu'à l'époque de sa puberté, et il lui accordait, en attendant, la possession provisoire des biens, si ses droits paraissaient probables.

Cependant, dans certains cas, l'intérêt du pupille exigeait que cette question fût résolue au plus vite. Il avait, par exemple, à sa disposition des témoins dont il importait de recueillir immédiatement les dépositions. Son intérêt commandait une dérogation à la règle générale. Le litige pouvait être vidé sans retard, les témoins pouvaient être entendus.

Il est utile de remarquer que ce texte ne s'occupe, comme le précédent, que d'une enquête faite régulièrement dans le cours d'une instance. De plus, c'était là une faculté accordée *au pupille seul*, ainsi que cela résulte de ces expressions du rescrit d'Adrien :

« Non debet *adversus pupillos* observari quod pro ipsis exco-  
« gitatum est, et pendere status eorum, cum jam possit indubi-  
« tatus esse. »

8. Quoi qu'il en soit de ces critiques, le droit canonique avait étendu hors de leurs limites naturelles les deux textes que nous venons de citer, et nos vieux juristes avaient suivi la voie tracée par les décrétales.

9. Après ce coup d'œil rapide jeté sur l'origine de l'enquête à *fulur*, examinons de quelle façon avait été organisé tout ce qui avait trait à cette procédure<sup>2</sup>.

Demandons-nous tout d'abord à quelles conditions était soumise l'admission de ce genre de preuve.

<sup>1</sup> M. Demolombe, *Paternité et filiation*, n° 117.

<sup>2</sup> Voir Voët, *Comm. ad. Pandect.*, l. XXII, tit. III, n° 12; — Mornac, sur la loi 40, *Ad leg. Aquil.*; — Papon, t. II, p. 709 et suiv., t. III,

Il fallait distinguer deux situations principales : ou aucun procès n'était intenté, ou bien, au contraire, il y avait une instance pendante.

Dans le premier cas, la partie, qui voulait faire l'enquête, devait obtenir des lettres royaux adressés au juge devant lequel le litige allait être porté.

Que si le procès était déjà intenté, il fallait alors demander au juge saisi la permission de faire l'enquête à *futur*.

Cette faveur ne devait être accordée qu'après examen de la situation de la partie qui la sollicitait.

Si elle était ou devait être demanderesse dans la cause principale, elle ne pouvait être reçue à produire des témoins qu'à la condition de justifier du péril qu'entraînerait pour ses droits le retard apporté dans leur audition.

Devait-elle jouer le rôle de défenderesse : sa requête devait être accueillie sans difficulté, surtout dans le cas où l'instance n'était pas encore engagée, parce que, si l'enquête avait été refusée, son adversaire aurait pu, en différant d'agir, la priver de tous moyens de preuve.

Il en était de même si elle devait être à la fois demanderesse et défenderesse dans la même cause.

10. Dans quelles matières l'enquête à *futur* pouvait-elle être ordonnée ? L'histoire de cette procédure est intimement liée à celle de notre législation sur la preuve testimoniale. Jusqu'au *xvi<sup>e</sup>* siècle, cette preuve était accueillie chez nous d'une manière générale, quel que fût le chiffre de la contestation. L'enquête à *futur* pouvait alors avoir lieu en toutes matières.

Cette procédure toutefois devait être rejetée :

1<sup>o</sup> s'il s'agissait de récréance en matière bénéficiale, car cette question se vidait au moyen de titres.

2<sup>o</sup> Cette faculté ne devait pas être accordée, en matière criminelle, au prévenu contre lequel on avait commencé à procéder

p. 361, 362 et 291 ; — Despeisses, t. II, tit. X, sect. II, art. 3, *Des enquêtes*, n<sup>os</sup> 53 et suiv. ; — Imbert, *Substitut.*, liv. V, chap. 44, n<sup>o</sup> 3 ; — Ferrières, *Dict. de droit et de prat.*, v<sup>o</sup> *enquête d'examen à futur*, t. 1<sup>er</sup>, p. 552 et 553 ; — Denizart, *Coll. de déc. nouv.*, liv. 1<sup>er</sup>, p. 489, v<sup>o</sup> *enquête à futur* ; — Merlin, *Rép.*, v<sup>o</sup> *enquête à futur*.

extraordinairement. Ce genre de preuve n'était admissible, d'après les décrétales, que lorsqu'il s'agissait d'une action civile, *cum civiliter est agendum*. Il était logique ensuite que le prévenu ne pût se défendre avant d'avoir été accusé.

11. L'enquête, une fois ordonnée, se faisait suivant les formes habituelles.

La partie, qui l'avait obtenue, citait son adversaire, pour qu'il fût présent à l'audition des témoins. Ce dernier avait le droit de demander à celui qui poursuivait l'enquête à quelles fins il entendait y procéder, si c'était pour agir ou pour se défendre. Il pouvait faire interroger les témoins dans son intérêt; mais le droit de faire une contre-enquête lui était absolument refusé.

12. Dans le cas où il soulevait un incident, où il soutenait, par exemple, qu'il n'y avait pas lieu d'admettre l'autre partie à faire l'enquête, parce que les témoins n'étaient ni âgés, ni malades, ni à la veille de faire un long voyage, on passait outre néanmoins à leur audition; il ne lui restait que la ressource de débattre ces témoignages, quand le juge était saisi de l'instance elle-même.

13. Celui qui avait poursuivi l'enquête était obligé d'intenter son action dans le délai d'un an qui la suivait, ou, tout au moins, de dénoncer à la partie adverse la réception des témoins; sinon, il ne pouvait plus s'en servir.

Il était possible toutefois qu'en suivant cette procédure, il n'eût d'autre but que d'avoir des preuves pour appuyer sa défense, dans le cas où il serait attaqué. Dans cette hypothèse, il était juste de lui accorder un plus long délai, car il n'était pas en son pouvoir de faire naître l'instance au moment qui lui conviendrait. Aucun délai ne courait alors contre lui, en vertu de la maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, et il avait toujours la faculté d'opposer à son adversaire les témoignages recueillis.

14. L'enquête terminée, le juge tenait le procès-verbal qui le constatait clos et cacheté jusqu'à ce qu'il fût nécessaire de le produire. Il était défendu de le communiquer avant cette époque, à qui que ce fût.

15. Était-il nécessaire d'entendre de nouveau les témoins,

quand l'instance était engagée ou que la cause était contestée ? on distinguait à cet égard.

Si l'enquête avait été faite en vertu, soit de lettres de la chancellerie, soit de l'autorité d'une cour souveraine, il n'était pas indispensable de procéder à une seconde audition des témoins, bien qu'ils fussent vivants et sur les lieux.

Mais si la procédure avait été prescrite par un juge subalterne, il fallait les entendre encore ; autrement, l'enquête était complètement dépourvue de force.

Les témoins étaient-ils absents ou décédés, on était obligé d'obtenir des lettres royaux pour produire leurs dépositions.

16. Nous avons une dernière question à nous poser, celle de savoir qui devait, en définitive, supporter les frais de cette enquête.

Papon estimait que ces dépens ne devaient pas être passés en taxe à la charge de la partie condamnée, si l'enquête avait eu lieu avant tout procès<sup>1</sup>.

Toutefois, un arrêt du Parlement de Flandre du 14 mars 1714, rapporté par Merlin, avait posé, en principe, que ces frais devaient être supportés par la partie condamnée, à moins que les dépositions ne fussent inutiles à la décision du procès.

17. L'exception apportée aux principes généraux par la procédure, que nous venons de retracer à grands traits, paraît être restée à peu près isolée, dans notre ancienne pratique. Cette exception, nous ne la retrouvons qu'en matière de vérification d'écriture<sup>2</sup>. Quant aux autres mesures d'instruction, à l'expertise, par exemple, elles durent rester sous l'empire du droit commun, qui ne permettait pas de les demander en l'absence d'un litige ou avant la contestation en cause.

18. L'enquête à *futur* ne put conserver dans notre ancien droit la place qu'elle y avait conquise. Elle donna lieu à de criants abus qui frappèrent de bonne heure les esprits les moins

<sup>1</sup> Dépens, art. 11 et 12.

<sup>2</sup> L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 92-93) et la déclaration du 2 janvier 1717 accordaient au créancier à terme le droit de demander, avant l'échéance, par voie d'action principale, la reconnaissance ou la vérification d'écriture.



prévenus. Le président de Lamoignon se fit l'écho éloquent et indigné des plaintes qu'ils faisaient naître, et qui n'étaient que trop justifiées. Sous prétexte que des témoins étaient âgés, malades ou sur le point de s'absenter pour longtemps, une partie obtenait avec la plus grande facilité l'autorisation de procéder à ce genre d'enquête. Elle se procurait ainsi d'un façon très commode des moyens que son adversaire n'avait pas même le droit de combattre par une enquête contraire. Puis, quand l'enquête était faite, on découvrait plus tard que les témoins moribonds étaient revenus à la santé, que ceux dont l'absence était redoutée, n'avaient jamais quitté le pays. Malgré la défense formelle de recourir à ces dépositions, les juges et les gens du roi ne manquaient pas de les consulter, quand l'occasion se présentait, les plaideurs eux-mêmes allaient y chercher des armes. Les témoignages ainsi recueillis ne manquaient pas d'exercer sur l'esprit des magistrats la plus fâcheuse impression. Enfin, si l'on en croit Jousse <sup>1</sup>, l'enquête *à futur* offrait souvent aux parties un moyen facile d'échapper aux prohibitions de l'ordonnance de Moulins de février 1566, qui n'admettait pas la preuve testimoniale au-dessus de cent livres.

L'ordonnance d'avril 1667 vint donner raison à ces réclamations. Par l'article unique de son titre XIII, elle abrogea formellement toutes enquêtes d'examen *à futur*, et défendit aux juges de les ordonner, ni d'y avoir égard, à peine de nullité.

### III.

#### DROIT MODERNE.

19. Après cette incursion dans l'ancien droit, il est temps de nous poser la question de savoir si une expertise ou une enquête peut, sous l'empire de la législation moderne, être demandée devant les tribunaux par voie d'action directe et principale.

20. L'affirmative a pour elle d'éminents jurisconsultes <sup>2</sup>. Voici

<sup>1</sup> T. I, p. 181.

<sup>2</sup> En ce sens, Bonnier, *Des preuves*, n° 254. — Colmet-Daâge sur Boittard, *Leg. de procéd.*, tit. 1<sup>er</sup>, n° 471, en note. — Garsonnet, *Traité théorique et prat. de procéd.*, t. II, p. 551.

quels sont les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de cette opinion :

On ne trouve, dit-on, écrit nulle part le principe, d'après lequel une mesure d'instruction n'est admissible que lorsqu'elle est demandée incidemment à une contestation.

On invoquerait vainement, en ce qui concerne l'enquête, les dispositions de l'ordonnance de 1667. Elles ont été abrogées par l'art. 1041 du Code de procéd. civile. En présence de ce texte, il faudrait, pour faire revivre cette prohibition, une prescription formelle. Sinon, on est régi par le droit commun, qui veut que tout ce qui n'est pas défendu soit permis.

On comprend du reste que, pour obvier à certains abus, qui s'étaient glissés dans l'ancienne pratique, l'ordonnance de 1667 ait supprimé les enquêtes à *futur*. Mais ces abus ne sont plus à craindre aujourd'hui. Au lieu de lettres de chancellerie, qui étaient accordées avec la plus déplorable facilité, sur de simples allégations, il faudra un jugement qui autorise l'enquête en pleine connaissance de cause, il sera nécessaire d'établir au préalable devant le tribunal la légalité et l'urgence de la mesure que l'on sollicite, le danger pour la partie qui la requiert de voir disparaître des témoins, dont les déclarations sont pour lui un précieux secours. L'enquête, ainsi ordonnée, se fera suivant les formes habituellement suivies. Elle sera contradictoire; le défendeur éventuel sera appelé à y assister. Il pourra non-seulement faire interroger les témoins produits par son adversaire; il aura aussi la faculté de faire procéder lui-même à une autre enquête. Les droits de la légitime défense seront ainsi sauvegardés. Comment peut-on redouter, avec une enquête ordonnée et poursuivie dans de telles conditions, les dangers dont se préoccupait le président Lamoignon ?

21. On fait remarquer qu'il serait vraiment bien rigoureux, dans une législation aussi peu formaliste que la nôtre, de ne pas permettre à une personne de recueillir ses preuves, tant qu'un procès n'est pas engagé, alors cependant qu'un intérêt majeur justifie cette mesure. Pour qu'une pareille prohibition fût admise, il faudrait qu'elle résultât de textes qui ne fussent susceptibles d'aucune équivoque. Où la voit-on ?

Serait-ce, dit-on, dans l'art. 252 du Code de procéd. civile?

22. Cet article porte, il est vrai, que les faits, dont *une partie* demandera à faire preuve, seront articulés par *un simple acte de conclusion*, sans écriture ni requête. Ce qui semble, au premier abord, impliquer la nécessité d'une instance, dont l'enquête ne serait qu'un incident. Il ne faut pas prendre ces termes trop à la lettre. La loi se préoccupe uniquement de ce qui arrive le plus souvent, du *quod plerumque fit*. Mais on ne saurait, sans faire violence au texte, y découvrir la moindre prohibition.

22. On ajoute que non seulement l'enquête à *futur* n'est pas interdite par nos Codes, mais qu'elle trouve même dans plusieurs de leurs dispositions de puissants arguments d'analogie.

L'art. 1180 du Code civil autorise le créancier, dont le droit est suspendu par une condition, à exercer, avant l'événement de cette condition, tous les actes conservatoires de son droit. Dans le cas où un tribunal a accordé des délais pour l'exécution de son jugement, l'art. 125 du Code de proc. civ. permet également pendant ces délais, des actes de cette nature à celui qui a obtenu cette décision.

Or, n'est-ce pas un acte conservatoire au premier chef que celui qui consiste à faire entendre des témoins, alors qu'une impérieuse nécessité l'exige? La situation de la partie qui sollicite une enquête dans de telles circonstances est-elle moins digne de faveur que celle du créancier dont se préoccupent les art. 1180, Code civ., et 125, Code proc. civ.?

23. On se prévaut surtout des dispositions des art. 49, § 2, 193 et suiv., Code proc. civ., ainsi que de la loi du 3 septembre 1807, qui prévoient le cas où une mesure d'instruction, une vérification d'écriture est demandée par voie d'action principale. L'analogie serait d'autant plus frappante que cette vérification a lieu tant par titres que *par experts* et *par témoins* (art. 195, C. proc. civ.). Le législateur n'avait aucune raison plausible pour proscrire ailleurs ce qu'il tolère, ce qu'il autorise ici.

24. On invoque également l'opinion de plusieurs jurisconsultes <sup>1</sup> qui estiment que, malgré le silence sur ce point de

<sup>1</sup> Voir en ce sens, Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, qu. 864 et 1608. — Bonnier, *Elém. de procéd. civ.*, n° 522, et *Des preuves*,

notre Code de procédure, on peut cependant recourir, dans certains cas, au faux civil par voie d'action principale.

25. Les auteurs qui admettent, dans notre droit, l'enquête à *futur*, n'hésitent pas à généraliser leur thèse et à l'appliquer à l'expertise demandée par voie d'action principale.

Indépendamment des arguments que nous venons d'exposer, ils peuvent faire valoir les considérations suivantes :

La fragilité de la preuve testimoniale n'est pas le seul danger dont un plaideur ait à se préserver. Bien souvent, on peut avoir intérêt à faire procéder au plus vite à des constatations matérielles, à une expertise. Une personne est victime d'un dommage, qui l'atteint dans ses biens. Il lui importe d'avoir la preuve contradictoire, indiscutable de ce préjudice et de la cause qui l'a produit, en vue d'un procès qu'elle intentera plus tard, si ses justes réclamations ne sont pas écoutées. Peut-être aussi lui est-il difficile d'établir à l'avance le *quantum* de ces dommages; il ne sera connu qu'après une longue et minutieuse vérification. Pourquoi serait-il défendu à cette personne d'agir en justice, aux fins de voir ordonner une expertise, en se réservant la faculté de fixer l'indemnité qu'elle entend réclamer? Lui refuser ce droit, ne serait-ce pas la mettre dans la nécessité de faire le plus souvent un procès téméraire, en indiquant à la légère les dommages-intérêts qui lui sont dus et l'exposer à des dépens qui seraient la peine de son exagération?

26. On pourrait enfin puiser des arguments d'analogie en faveur de l'expertise *in futurum* dans l'art. 106 du Code de comm., qui prévoit une expertise faite et ordonnée avant tout procès, en cas de refus des objets transportés ou de contestation relative à leur réception, et dans les dispositions concernant la juridiction du référé (art. 807 et suiv., C. de proc. civ.), qui autorisent incontestablement, en cas d'urgence, cette mesure d'instruction.

27. La doctrine que nous venons d'exposer a pour elle plusieurs arrêts de Cours d'appel <sup>1</sup>.

n° 527. — Mourlon, *Répét. sur le Code de procéd.*, t. II, p. 541. — Rodière, *Cours de compét. et de procéd. civ.*, 4<sup>e</sup> édit., t. I, p. 452.

<sup>1</sup> Voir Nîmes, 6 janvier et 20 mars 1808.

Il est utile que nous fassions connaître ici dans quelles circonstances de fait ont été rendus plusieurs de ces arrêts.

Le sieur Magu, se plaignant des dégradations faites à la maison par lui louée aux sieurs Bertrand et Demilly, avait assigné ces derniers devant le tribunal de la Seine, pour voir dire et ordonner que son immeuble serait visité par un expert, à l'effet de constater ces détériorations et de déterminer les dommages-intérêts qui pourraient lui être dus, pour être ensuite requis par les parties et statué par le tribunal ce qu'il appartiendrait.

Le tribunal de la Seine repoussa ces prétentions par un jugement ainsi conçu :

« Attendu que les conclusions du demandeur ont pour but  
« unique de faire ordonner une expertise ;

« Attendu qu'une expertise est un moyen d'instruction pour éclairer la justice sur la solution d'une action ou demande principale ;

« Attendu que, dans l'espèce, il n'existe aucune demande,  
« aucun chef de conclusions principales ; qu'ainsi l'expertise  
« requise serait sans utilité, puisqu'il ne se présente aucun objet  
« qui divise les parties et sur lequel le tribunal ait besoin  
« d'éclairer leurs prétentions ;

« Le tribunal déclare Magu non-recevable dans sa demande. »

Mais, sur l'appel de ce dernier, la Cour de Paris réforma cette décision par un arrêt du 20 mars 1835 <sup>1</sup>.

Le tribunal de la Seine maintint sa jurisprudence dans une espèce à peu près identique (affaire Paillard c. veuve Vigné). Mais ce jugement fut déféré à la Cour de Paris, qui l'infirma, par arrêt du 27 décembre 1836 <sup>2</sup>.

28. Tout en suivant la voie tracée par la Cour de Paris, la Cour de Besançon est allée plus loin encore. Par un arrêt du 31 août 1844 <sup>3</sup>, elle a autorisé une expertise et une enquête demandées par voie d'action principale, en vue d'un dommage qui ne s'était pas encore produit et qui n'était que futur et éventuel.

Voici, en quelques mots, quels sont les faits sur lesquels la Cour de Besançon a eu à statuer :

<sup>1</sup> P. t. XXVI, p. 1535.

<sup>2</sup> P. t. XXVII, p. 1711.

<sup>3</sup> Sir. Dev. 1845, II, p. 626.

En 1843, la ville de Besançon avait acquis, dans la commune d'Arcier, par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique, sur les mineurs Bourgon et la société veuve Bécoulet et Vaissier, un terrain dans lequel existait une source dite *source haute d'Arcier*, surgissant tout auprès d'une autre source dite *source basse*, demeurée la propriété des mineurs Bourgon et consorts. La décision du jury d'expropriation portait que le droit de propriété de la *source haute* transmis à la ville ne l'autorisait en aucune manière à porter atteinte à la *source basse*.

Bientôt après cette acquisition, la ville commença des travaux pour prendre les eaux d'un point plus élevé. Mais, comme les deux sources avaient une origine commune, les mineurs Bourgon craignirent que leurs droits ne fussent lésés par le résultat de ces travaux. — Ils assignèrent la ville pour voir ordonner que des experts détermineraient l'état présent de leur source, afin d'avoir d'ores et déjà une fixation des dommages-intérêts qu'ils réclameraient plus tard, s'il y avait lieu.

Le tribunal de Besançon rejeta leurs conclusions dans les termes suivants :

« Attendu que les demandeurs ne prétendent ni à la réparation d'un dommage déjà éprouvé, ni à l'interdiction de travaux devant leur en causer; qu'ils provoquent seulement une reconnaissance avec la ville de l'état présent de leur source, afin de se ménager dans ce document une base d'appréciation de dommages et intérêts qu'ils pourraient être un jour dans le cas de réclamer, s'il arrivait que cette source éprouvât quelque diminution par l'effet des travaux projetés; qu'ils n'ont donc d'autre but qu'une *mesure conservatoire d'intérêts purement éventuels*; que les demandeurs ne peuvent trouver le principe d'une telle action, ni dans la loi, ni dans une obligation, ni dans un fait actuel de la ville. »

Sur l'appel des mineurs Bourgon et consorts, la Cour de Besançon rendit, le 31 août 1844, un arrêt infirmatif. Elle décida que, bien que les appelants n'eussent souffert encore aucun préjudice appréciable, ils avaient néanmoins le droit d'agir pour faire constater par experts l'état soit actuel, soit précédent de leur source, et par témoins (ce genre de preuve ayant été demandé

devant la Cour), tous les avantages dont ils jouissaient jusqu'alors comme propriétaires de la *source basse*.

Les arrêts que nous venons de citer sont, relativement à notre point de droit, d'une bien grande sobriété de motifs. On y chercherait vainement une exposition doctrinale; ils se bornent à affirmer le droit qu'ils consacrent.

29. L'opinion qui considère comme valables l'enquête et l'expertise *in futurum* ne nous paraît pas, quant à nous, devoir être admise, et c'est avec raison qu'elle a été repoussée par la grande majorité des auteurs <sup>1</sup>.

Cette thèse nous semble, en effet, contraire aux bases de notre organisation judiciaire et aux règles essentielles de notre Code de pr. civ.

30. S'il est un principe qui s'impose, par son évidence même, c'est celui d'après lequel les magistrats, dans l'exercice de leur juridiction contentieuse, ne sont créés et institués que pour dire le droit, pour statuer sur les difficultés qui leur sont soumises. Pour qu'ils soient appelés à se prononcer, il faut qu'ils soient en présence d'un conflit entre des prétentions rivales, opposées.

Un rapide coup d'œil jeté sur notre Code de procédure suffit pour s'en convaincre. La loi suppose, à chaque instant, qu'il s'agit d'une contestation. Dès les premiers pas de la procédure, et avant l'introduction de l'instance, elle impose aux plaideurs une tentative d'arrangement amiable, un essai de conciliation (art. 48, C. de pr.). Au moment où les hostilités s'engagent, l'exploit d'ajournement doit contenir l'objet de la demande et l'*exposé sommaire des moyens*. Le défendeur est ainsi mis en état de voir ce qu'il a à faire, s'il lui convient de repousser les prétentions de son adversaire ou d'y acquiescer.

Les écritures prescrites par les art. 77 et suiv. du Code de pr.,

<sup>1</sup> Voir en ce sens Toullier, t. VIII, n° 23. — Rolland de Villargues, n° 43. — Boncenne, *Théorie de la procéd. civ.*, t. IV, p. 261. — Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, t. II, qu. 992 et tit. III, qu. 1157 bis. — Rousseau et Laisney, *Dict. de procéd.*, t. IV, v° *enquête*, n° 37. — Rodière, t. II, p. 119. — Boitard, *Leçons de procéd.*, t. I, n° 471. — Devilleneuve, *Sir. Dev.*, 1815, II, p. 525. — Demolombe, *Des oblig.*, t. VII, nos 230 et 231. — Mourlon et Naquet, 5<sup>e</sup> édit., p. 604, n° 546, p. 560, n° 508 et p. 541, note 2.

les conclusions prises par les parties, dont l'échange forme le contrat judiciaire qui saisit les tribunaux, tout démontre qu'il ne peut s'agir que d'un véritable débat.

31. L'enquête et l'expertise *in futurum* constitueraient des exceptions flagrantes à ces prescriptions fondamentales. Pour les admettre, il faudrait que nous y fussions obligés par des textes formels, impératifs. Ces textes, nous ne les découvrons nulle part.

Vainement on objecte que les prohibitions de l'ordonnance de 1667 ont été effacées par l'art. 1041 du Code de pr. civ., et que, dès lors, ces modes de procédure sont admissibles dans notre droit moderne. Même en supposant que notre législation fût absolument muette sur la question qui nous occupe, son silence ne saurait à lui seul faire revivre des traditions qui ont été justement abandonnées, et qui sont aujourd'hui inconciliables avec ses principes fondamentaux.

32. Il importe, d'ailleurs, de remarquer que l'enquête *à futur* était, dans notre ancien droit, une procédure anormale, dont les dispositions n'avaient pas été appliquées par voie d'analogie à l'expertise. C'est à tort qu'on voudrait lui donner une extension qu'elle n'a jamais eue. En outre, si on tente de la rétablir, il faut la prendre telle qu'elle était autrefois. Le défendeur éventuel ne pourra faire une contre-enquête. Celui qui aura eu recours à cette procédure, en vue d'une action à exercer, sera dans la nécessité d'intenter son procès dans un délai déterminé. On hésiterait certainement à aller jusque-là, et cependant la logique l'exigerait. Qui n'aperçoit, du reste, tout de suite, les graves abus auxquels une pareille procédure peut encore donner lieu ! Admettons, pour un instant, que le défendeur soit autorisé à faire une contre-enquête. Pourra-t-il se servir en pleine connaissance de cause de ce moyen, puisqu'il ne saura pas quelles sont les prétentions de son adversaire, et dans quel but précis il sollicite une mesure d'instruction ?

33. La thèse de nos adversaires est repoussée, non seulement par les principes généraux de notre droit, mais encore par les dispositions de nos Codes, qui ont trait à l'enquête et à l'expertise.

L'art. 252 du Code de procéd. civ. considère l'enquête comme une procédure incidente.



« Les faits dont *une partie* demandera à faire preuve seront, « dit-il, articulés succinctement par *un simple acte de conclusion*, « sans écriture ni requête. »

La demande à fin d'enquête est, il faut ne pas le perdre de vue, introduite par *un simple acte*, par un acte d'avoué à avoué, ce qui suppose une instance déjà pendante devant les juges (voir aussi l'art. 337 du Cod. de proc.).

L'art. 254 complète cette démonstration. Il donne aux juges, qui voudraient éclairer leur religion, le droit d'ordonner d'office la preuve des faits qui leur paraîtraient concluants; ce qui se rapporte nécessairement à l'hypothèse d'un procès porté devant le tribunal.

34. De même, en ce qui concerne l'expertise, les art. 302 et suiv., Cod. de procéd. se réfèrent à une instance déjà existante, dans le cours de laquelle on sollicite cette mesure d'instruction.

Le juge n'est pas tenu d'ordonner une expertise. Il peut, alors même qu'elle est demandée par les parties, la regarder comme inutile, et se décider d'après ses propres lumières, d'après les éléments d'appréciation qu'il trouve dans la cause.

Une fois l'expertise faite, il est investi d'un pouvoir souverain d'appréciation. Il peut, s'il la trouve insuffisante, en ordonner une nouvelle (art. 322, Cod. proc.), ou la mettre complètement de côté, si elle est contraire à sa conviction (art. 323, Cod. proc.)

Toutes ces dispositions sont absolument incompatibles avec l'idée que l'expertise peut être demandée par voie principale.

35. Dans quelles conséquences ne tomberait-on pas, du reste, en adoptant l'opinion contraire? On pourrait recourir à une expertise, non seulement en vue d'un procès qui n'est pas né, et qui ne naîtra peut-être jamais, non seulement pour faire réparer un dommage qui s'est réalisé, mais encore, comme l'a décidé la Cour de Besançon (car on ne saurait s'arrêter dans cette voie), en prévision d'un dommage éventuel et problématique!

36. On va chercher des arguments d'analogie dans plusieurs textes de nos Codes; on invoque, dans un sens général, les articles 1180, Cod. civ., 125, 193 et suiv., Cod. de proc.). — On se prévaut aussi de la doctrine qui admet, au civil, le faux principal.

Parcourons rapidement chacune de ces objections.

L'art. 1180, Cod. civ., qui autorise le créancier conditionnel à prendre des mesures conservatoires, n'est d'aucune utilité pour la solution de la question que nous examinons.

Cette disposition ne s'applique qu'au créancier, dont le droit est suspendu par une condition; elle lui permet certains actes pour la sauvegarde de ses droits. Mais il ne faut pas étendre arbitrairement le cercle des actes dont il s'agit. Ce que la loi vise surtout, ce sont les mesures suivantes qui sont des actes extrajudiciaires : l'inscription de l'hypothèque consentie, les actes interruptifs de prescription, les oppositions aux scellés, après décès ou faillite, les réquisitions tendant à leur apposition ou à leur levée, les oppositions à partage, etc. Mais le créancier conditionnel ne pourrait se livrer à des actes, qui, tout en protégeant ses droits, seraient en même temps des actes de poursuite. Il ne pourrait notamment, ni pratiquer une saisie-arrêt, ni exercer les actions de son débiteur, en se prévalant de l'article 1166 Cod. civ. <sup>1</sup>. Or, peut-on considérer comme une *mesure conservatoire* une instance engagée devant le juge, alors même qu'il n'y aurait pas de procès, de contestation?

Ce que nous venons de dire s'applique également à l'argument tiré de l'art. 125 du Code de procédure.

37. On n'est pas plus heureux en argumentant des art. 193 et suiv. du même Code et de la loi du 3 septembre 1807, qui autorisent le créancier à terme à poursuivre, avant l'échéance, la vérification d'écriture par voie d'action principale, et à obtenir contre son débiteur une hypothèque, qu'il pourra inscrire, en cas de non-paiement, après l'échéance ou l'exigibilité.

Il est utile de faire observer tout d'abord combien est différente de la nôtre cette hypothèse, où il y a un véritable débat portant sur la pièce qu'il s'agit de vérifier, où l'action tend, en somme, à obtenir, non pas seulement une simple mesure d'ins-

<sup>1</sup> Sic. Demolombe, *Des obligations*, t. II, n° 401. — Labbé, *Revue critique*, 1856, t. IX, n° 19. — Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 28. — Marcadé, art. 1166, n° 1. — Colmet de Santerre, t. V, n° 81 bis, III. — *Contrà* : Mourlon, *Répét. écrites*, t. II, p. 520. — Larombière, *Des oblig.*, t. I, art. 1166, n° 210. — Dalloz, *v° Obligations*, n° 895.

truction, mais une véritable condamnation contre le débiteur.

Ce sont là, d'ailleurs, des dispositions exceptionnelles qui doivent être restreintes. Elles ont donné lieu à de justes et vives critiques <sup>1</sup>. On les a considérées comme une violation manifeste de la loi du contrat sous l'empire duquel les parties s'étaient placées. Aussi M. Demolombe a-t-il victorieusement démontré, contrairement à l'opinion de M. Larombière <sup>2</sup>, que le créancier conditionnel ou à terme ne pouvait, alors que l'obligation était verbale ou par acte authentique, bénéficier de ces dispositions et assigner, avant l'échéance ou l'accomplissement de la condition, son débiteur en reconnaissance de la dette.

Répondant à l'argument, qui ne voit dans une pareille procédure qu'un acte conservatoire, M. Demolombe s'exprime ainsi :

« Une mesure conservatoire, celle qui tend à obtenir contre le débiteur une condamnation judiciaire, d'où résulte sur tous ses immeubles, présents et à venir, une hypothèque générale !

« Oh ! non certes !

« Qui ne voit d'ailleurs, que cette doctrine ne tendrait à rien moins qu'à ramener, dans notre pratique moderne, les enquêtes que l'ancienne pratique avait, en effet, d'abord admises, précisément afin d'éviter le dépérissement des preuves, dans l'intérêt de la partie qui demandait à agir préventivement.

« C'est un argument qui pourrait être produit dans toutes les autres matières ; et, une fois engagé dans cette voie, on ne pourrait plus s'arrêter ! »

38. Ira-t-on chercher dans la procédure du faux civil un argument d'analogie ? Mais cet argument échappe complètement à nos adversaires. La Cour de cassation, consacrant sur ce point la doctrine de la grande majorité des auteurs, a très justement décidé, par plusieurs arrêts <sup>3</sup>, qu'en matière civile, l'inscription de faux n'était admissible que par voie incidente, ainsi que cela résulte de la combinaison des art. 214, 250, C. pr. et 1319, C. civ.

<sup>1</sup> Demolombe, *Des obligations*, t. II, n<sup>o</sup> 616 et suiv.

<sup>2</sup> *Des obligations*, t. II, art. 1186, n<sup>o</sup> 24 et 1184, n<sup>o</sup> 28.

<sup>3</sup> Req. 25 juin 1845 (P. 1846, t. II, p. 326). — 13 fév. 1860 (P. 1860, p. 1089) — et 4 mai 1875 (P. 1875, p. 645).

39. — On ne pourrait invoquer avec plus de succès, en faveur de l'expertise *in futurum*, l'art. 105 du C. de com.

Cet article n'a aucune valeur au point de vue de notre question. Cette disposition, qui est relative au contrat de transport, prévoit le cas où les objets expédiés donneraient lieu, soit à un refus, soit à une contestation. Dans cette hypothèse, elle accorde au président du tribunal, et, à son défaut, au juge de paix, le droit de faire vérifier leur état par des experts.

Mais cet article ne s'occupe que d'un acte, qui est de la juridiction gracieuse des magistrats chargés d'y faire procéder. Il ne vise, de plus, qu'une situation spéciale. Il est applicable seulement dans les rapports du voiturier et du destinataire, de même que l'article qui le précède. Il s'explique, du reste, par des considérations d'urgence que tout le monde comprend. Il peut importer de faire vérifier au plus vite des marchandises qui ont peut-être souffert du transport; tout retard dans les constatations pourrait être préjudiciable aux parties, si celles-ci étaient obligées, pour attendre une expertise, d'introduire une instance régulière. Telle est la raison d'être de l'art. 106, C. de com.

40. Invoquera-t-on maintenant ce qui se passe en matière de référé? Mais si le juge du référé peut, en cas d'urgence, autoriser une expertise, il ne faut pas perdre de vue qu'il agit alors en vertu d'une juridiction particulière, dont les principes ne sauraient être transportés ici.

D'ailleurs, la possibilité d'obtenir, par la voie du référé, une expertise n'achève-t-elle pas de démontrer le bien fondé de notre thèse? La partie qui se plaint d'un dommage, et qui est dans la nécessité de le faire constater au plus vite est-elle aussi désarmée qu'on le prétend, puisqu'elle aura la faculté de s'adresser au juge du référé et d'obtenir de lui les constatations qui lui sont utiles?

41. L'opinion que nous venons de défendre a été consacrée par un arrêt de la Cour d'Aix du 12 mars 1885<sup>1</sup>, et un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 octobre 1886<sup>2</sup>.

Ces arrêts ont été rendus dans les circonstances suivantes :

<sup>1</sup> Rec. de jurispr. de la Cour d'Aix (1885, p. 38).

<sup>2</sup> P. 1887, *loc. citat.*

Le sieur Jean-Baptiste Reynaud, usufruitier de vignobles situés à Pellissanne, prétendait que la suppression d'un fossé, comblé par le sieur Gustave Reynaud, nu-proprétaire de ces vignobles, était un obstacle à leur submersion. A la suite d'une expertise ordonnée par le juge du référé, et qu'il trouva insuffisante, il assigna le sieur Gustave Reynaud devant le tribunal civil d'Aix, pour voir dire qu'il serait procédé à une nouvelle expertise, *pour, après le rapport, être pris au fond telles conclusions qu'il aviserait.*

Un jugement du tribunal accueillit ces conclusions. Mais, sur appel, cette décision a été réformée par la Cour d'Aix.

La chambre des requêtes a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt :

« ...Aftendu, dit-elle, que l'expertise est un moyen d'instruction pour éclairer les tribunaux sur la solution d'une demande principale qu'elle suppose nécessairement ; qu'il appartient, en effet, aux juges d'apprécier souverainement si cette mesure est nécessaire ou utile, de la prescrire ou bien de la rejeter, et, en ce cas, de statuer immédiatement au fond ; que, d'autre part, il importe au défendeur de connaître, dès le début d'un procès, ce que son adversaire entend lui demander, afin de pouvoir décider de suite et sans procédure s'il doit acquiescer ou contester ; d'où il suit qu'une demande en nomination d'experts ne saurait faire l'objet unique d'une action principale ; qu'en décidant qu'une semblable demande formée par le demandeur en cassation n'était pas recevable, l'arrêt attaqué n'a violé ni l'art. 61, C. pr., ni les principes de la matière. »

Cet arrêt est le seul que la Cour suprême ait rendu sur notre question. Nous espérons qu'il fixera, dans l'avenir, la jurisprudence un peu hésitante jusqu'à présent.

42. Il nous reste une question à examiner. Quel est le caractère de la fin de non-recevoir qui est opposable à une enquête ou à une expertise *in futurum* ? Ce moyen est-il absolu et d'ordre public ? Doit-il être invoqué en tout état de cause et relevé même d'office par le juge ? Est-il, au contraire, relatif et d'ordre purement privé ? Est-il, par suite, de nature à être couvert par le silence ou le consentement des parties ?

La Cour suprême s'est prononcée dans ce dernier sens par un arrêt<sup>1</sup> du 3 août 1836 (aff. Lanzy c. le Roi Louis-Philippe). Malgré toute l'autorité de ce précédent, la Cour d'Aix a cru devoir consacrer la doctrine adverse. Cette solution nous paraît préférable.

Ainsi que nous avons essayé de l'établir, la thèse, qui considère comme valables l'enquête et l'expertise, demandées par voie d'action principale, heurte au premier chef les règles concernant notre organisation judiciaire et la marche essentielle de notre procédure. Ce sont là des considérations qui doivent nous conduire à décider que la nullité qui s'attache à une mesure sollicitée au mépris de ces règles fondamentales est une nullité d'ordre public, que rien ne peut couvrir, ni le silence des parties, ni leur consentement exprès ou tacite. Le juge a donc le droit et le devoir de se dessaisir, dès qu'il est en présence d'une action pareille.

43. Où irait-on, du reste, en admettant la thèse opposée? Les parties ne pourraient-elles pas s'entendre pour demander à un tribunal, non saisi d'un litige, une mesure d'instruction quelconque, une descente sur les lieux, une comparution des parties, un interrogatoire sur faits et articles? Le juge serait-il donc obligé d'assister impassible à ces violations de la loi et de suivre docilement les conclusions prises devant lui? C'est là un rôle que nous ne saurions admettre. Un tribunal n'est appelé à faire acte de juridiction contentieuse qu'autant qu'il a à résoudre un vrai litige. Si les parties même volontairement dépassent ces limites, il appartient aux magistrats de les leur rappeler en se déclarant incompetents. ERNEST VALABRÈGUE.

#### APERÇU CRITIQUE SUR LA DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ D'ORIGINE,

Par M. SURVILLE, agrégé près la Faculté de droit de Poitiers.

1. — La naissance d'une personne produit à son égard deux sortes de rapports. Il s'établit d'abord un rapport personnel de

<sup>1</sup> P. t. XXVII, p. 1561. — Voir aussi M. Naquet, *loc. citat.*, et D. P. 66, 3. 21.

filiation entre elle et ses auteurs, puis un rapport réel qui se forme entre elle et le territoire sur lequel elle est née.

Si, ce qui est le cas normal, la naissance se produit dans un pays dont les parents sont nationaux, aucune difficulté ne peut s'élever sur la détermination de la nationalité d'origine de l'enfant. Il aura la nationalité de ses auteurs, puisque les deux rapports que j'ai signalés concourent pour la lui attribuer.

Mais il est possible, et le cas n'est pas rare dans les faits, que l'enfant vienne à naître dans un pays par rapport auquel ses parents sont des étrangers. Dans ce cas là, auquel des deux rapports faudra-t-il s'attacher de préférence pour la détermination de la nationalité d'origine? Est-ce le rapport personnel de filiation, ou le rapport réel qui doit être pris en considération?

Des solutions divergentes se conçoivent *a priori* pour la solution de cette question.

On en comprend une déterminant la nationalité en ne tenant compte que du lieu de la naissance, et faisant abstraction complète du lien de filiation.

Puis, venant se placer tout à côté de celle-ci, on en voit apparaître une seconde, moins absolue, qui, tout en prenant la même idée comme point de départ, facilite à l'enfant l'acquisition de la nationalité de ses parents.

A l'opposé de la première de ces deux solutions, il en est une troisième qui, sans s'inquiéter du pays où se produit la naissance, fixe la nationalité de l'enfant d'après celle de ses parents.

D'autre part et à côté de ce système législatif, il est possible d'en imaginer un autre qui prenne pour point de départ le rapport de filiation comme le précédent, mais qui favorise l'acquisition par l'enfant de la nationalité du pays où s'est produit la naissance.

Ces deux systèmes législatifs sont en raison préférables aux deux autres. Il est évident en effet que le lien qui unit l'enfant à ses auteurs a plus de puissance que celui qui l'attache au sol où il est né. C'est avec le sang que se transmettent les habitudes nationales, la communauté des idées, tandis que le fait de la naissance sur le territoire d'un pays peut être purement accidentel et s'être produit au cours d'un voyage de la mère.

Si l'on a soin de ne pas faire abstraction complète du fait de la naissance, et de permettre à l'enfant, qui peut être attaché au sol où il est né, d'acquérir la qualité de national plus facilement qu'un étranger ordinaire, on arrive à une solution pleinement satisfaisante pour l'esprit.

Enfin l'on peut concevoir un dernier système législatif venant décider que sont nationaux tout à la fois ceux qui naissent de nationaux même en pays étranger, et aussi ceux qui naissent sur le sol de parents étrangers. On suit alors concurremment les deux principes et l'on est amené à l'adoption d'un système contradictoire et peu satisfaisant.

Telles sont les solutions diverses que l'on conçoit *a priori* pour la détermination de la nationalité d'origine.

2. — Laissant de côté le point de vue rationnel, nous allons jeter un coup d'œil tant sur la législation française actuelle que sur les réformes qui y sont proposées, donner quelques notions sur les règles suivies dans les principales législations étrangères, et nous demander s'il ne serait pas désirable de tirer profit de certaines d'entre elles. Nous dirons enfin la gravité des conflits que soulève ici la diversité des règles législatives et les moyens qu'il serait souhaitable de voir employés pour les faire taire.

#### § 1<sup>er</sup>. — *Droit français.*

3. — Primitivement et pendant longtemps on a regardé la qualité de français comme résultant du fait seul de la naissance sur le sol de France. « Les vrais et naturels français sont ceux « nous dit Bacquet, qui sont naiz dedans le royaume, pais, terres « et seigneuries de la nation, domination et obéissance du roy <sup>1</sup>. » On ne s'occupe donc pas de la nationalité des parents, et l'on en fait si bien abstraction que les enfants nés de Français en pays étranger sont étrangers. Écoutons ici encore Bacquet : « Nous « tenons en France que tout homme, qui n'est né dedans le « Royaume, pais, terres et seigneuries de l'obéissance du roy de « France, est appelé aubein ou estranger, soit qu'il fasse rési- « dence continuelle au Royaume, soit qu'il y demeure pour cer-

<sup>1</sup> Bacquet, *Droit d'aubaine*, 1, chap. 1, n° 2.



« tains temps seulement, soit qu'il soit simple viateur ou passager <sup>1</sup>. » Ce système législatif, implanté chez nous à l'époque de la féodalité, y a régné exclusivement jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle. Il était une conséquence de l'idée dominante de la féodalité, qui subordonnait la condition de la personne à la condition de la terre. A la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, au temps de Pothier, la naissance sur le sol français confère toujours la qualité de français, mais elle se transmet aussi par le sang <sup>2</sup>, de sorte que l'enfant né de parents français en pays étranger est français. Celui-là seul est donc étranger qui est né hors de France de parents étrangers.

Ce système législatif, qui appliquait cumulativement les deux principes à l'aide desquels la nationalité d'origine peut être déterminée, fut adopté dans ses traits généraux par toutes les constitutions de l'époque intermédiaire et notamment par celle de l'an VIII sous l'empire de laquelle le Code civil a été fait. On conçoit qu'ayant un long passé il n'ait pas été modifié à une époque où l'on était enclin à prodiguer, peut-être à l'excès, la nationalité française que l'on considérait comme un véritable bienfait.

4. — Tel était le droit français au moment de la rédaction du Code civil. Sa solution était illogique et ne tenait aucun compte de l'idée de réciprocité qui doit régir les rapports internationaux. La loi française doit en effet respecter chez les autres peuples les droits qu'elle prétend faire valoir. Par conséquent dès qu'elle entend revendiquer à l'étranger les enfants qui y sont nés de Français, il faut qu'elle reconnaisse l'extranéité de ceux qui sont nés d'étrangers chez elle. C'est ce qui fut admis par le Code civil, et désormais la nationalité de l'enfant se trouva commandée par celle de ses auteurs. Le système ainsi consacré, qui s'attache au *jus sanguinis*, à l'exemple du droit qui fut pratiqué tant en Grèce qu'à Rome, est donc diamétralement opposé à celui qui, sous l'influence de la féodalité, avait été admis jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle en France <sup>3</sup>.

Tout cela est certain et incontesté, bien que nous ne trouvions

<sup>1</sup> Bacquet, *op. cit.*, I, chap. 2, n<sup>o</sup> 1.

<sup>2</sup> *Traité des personnes*, partie 1<sup>re</sup>, tit. II, sect. 1<sup>re</sup>.

<sup>3</sup> V. Eudant, *Revue critique*, 1856, T. IX.

dans le Code aucun texte qui pose nettement et dans toute leur ampleur les principes. L'art. 10-1<sup>o</sup> nous dit seulement « que tout enfant né d'un français en pays étranger est français », et permettrait de croire que celui qui naît en France d'étrangers est également français si la discussion qui s'engagea sur ce point n'était pas là pour nous éclairer.

La règle ancienne fut en effet reproduite dans le projet, qui contenait un texte ainsi conçu : « Tout individu né en France est français. » Il est bon, prétendit-on, qu'elle soit maintenue, car outre qu'elle est un bienfait pour l'enfant né en France d'étrangers <sup>1</sup>, qu'elle donne satisfaction au sentiment d'attachement qu'il doit être présumé avoir pour sa terre natale <sup>2</sup>, elle est réclamée par l'intérêt français. « On disait, rapporte Malleville <sup>3</sup> que « les événements de la guerre avaient amené en France beaucoup d'étrangers qui s'y étaient mariés, qu'il y avait avantage « à regarder leurs enfants comme français, parce qu'ils seraient « soumis à la conscription et aux autres charges publiques; que, « s'ils recueillaient des successions à l'étranger, ils en rapporteraient le produit en France, et qu'il était probable que le plus « grand nombre y resterait : d'après ces motifs, on décida d'abord que les enfants de ces étrangers jouiraient des droits « civils, sans avoir besoin de déclarer qu'ils entendaient être « français. »

Si le *jus soli* eut des défenseurs, il eut aussi ses ennemis. « Eh « quoi! disait Siméon au Tribunal le 25 frimaire an X, le fils

<sup>1</sup> « Nous tenons autrefois pour maxime que la France était le pays naturel de la liberté et que dès qu'un esclave avait le bonheur de mettre le pied sur son territoire, par cela seul, il cessait d'être esclave. Pourquoi ne reconnaîtrait-on pas de même, dans cette terre heureuse, la faculté naturelle d'imprimer la qualité de Français, à tout individu qui y aurait reçu la naissance? » Boulay, *Exposé des motifs*, Loqué, t. II, p. 58.

<sup>2</sup> « Il ne peut y avoir, dit le premier Consul, que de l'avantage à étendre l'empire des lois françaises. Les fils d'étrangers qui se sont établis en France ont l'esprit français, les habitudes françaises, ils ont l'attachement que chacun porte naturellement au pays qui l'a vu naître. » Loqué, t. II, p. 35.

<sup>3</sup> Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. 1<sup>er</sup>, p. 18.

« d'un Anglais peut devenir français par cela seul que sa mère, traversant la France, l'aura mis au jour sur cette terre étrangère à elle, à son mari, à ses parents? Si chaque nation fait une telle déclaration, nous perdrons autant de Français que nous en gagnerons; on n'appartiendra plus à sa famille, à sa nation; la patrie dépendra moins de l'affection qui y attache, du choix et de l'établissement, que du hasard de la naissance. Ouvrons nos portes aux étrangers, mais ne nous en saisissons pas malgré eux<sup>1</sup>. »

Le résultat de la discussion fut l'adoption d'un système transactionnel. Les enfants nés d'étrangers en France ne furent pas de plein droit déclarés français, mais on leur accorda seulement des facilités dans le but d'acquérir cette nationalité. C'est de là qu'est né l'art. 9 du Code civil. Le nouveau principe reconnu, il aurait fallu modifier quelque peu le texte de l'art. 10-1<sup>o</sup> : on négligea de le faire.

Ainsi quiconque est né d'un français est français, qu'il naisse en France ou à l'étranger, peu importe. Soit, mais que faut-il entendre par là? Nous allons exposer brièvement notre manière de voir sur ce point.

5.— S'il s'agit d'enfants légitimes, il ne se présentera guère de difficultés, car il résulte des art. 12 et 19 du Code civil, que la femme, toutes les fois qu'elle a une nationalité différente de celle du mari au moment du mariage, change de patrie. Il arrivera donc le plus souvent que les parents auront la même nationalité tant à l'époque de la conception qu'à celle de la naissance, et il sera tout naturel d'attribuer à l'enfant la nationalité commune de ses auteurs.

Mais il est possible qu'entre l'époque de la conception et celle de la naissance les auteurs de l'enfant aient changé de patrie : quelle sera, en pareil cas, sa nationalité? On est généralement d'accord pour décider que l'enfant doit être considéré comme français d'origine. Cette qualité lui a en effet été communiquée par la conception. Si l'on objecte à cette solution le texte de l'art. 10-1<sup>o</sup>, qui, pour attribuer la nationalité, parle de la nais-

<sup>1</sup> Loqué, t. II, p. 248.

sance de l'enfant, on peut répondre qu'il faut entendre le texte en ce sens qu'il a voulu dire que la qualité de français appartient à tout enfant *issu* de parents français.

A l'inverse, les père et mère qui étaient étrangers au moment de la conception peuvent être devenus français à l'époque de la naissance. Ici l'on admet encore communément que l'enfant doit naître français. Il est vrai que si la loi étrangère raisonne comme nous venons de le faire nous-même dans la précédente hypothèse, elle va réclamer l'enfant comme national. Mais ne nous est-il pas permis de dire qu'il est à nos yeux préférable de naître français plutôt qu'étranger, et que ce n'est qu'autant qu'il s'agit d'un avantage à conférer à l'enfant qu'il convient de se reporter à l'époque de sa conception : *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur*.

Nous venons de prévoir, s'agissant d'enfants légitimes, le cas normal dans lequel les deux auteurs ont la même nationalité. Il n'est pas impossible qu'il en soit autrement, et nous pouvons supposer que le père, se faisant naturaliser au cours du mariage, acquière ou perde par l'effet de cette naturalisation la qualité de français. La femme n'en conservera pas moins la nationalité qu'elle avait à l'époque de la naturalisation du mari, car notre loi, au contraire de certaines législations étrangères, n'admet pas les effets collectifs du changement de patrie de la part du chef de famille. Quelle va donc être ici la nationalité de l'enfant ? Il suffit pour certains interprètes que l'un des deux auteurs ait eu la nationalité française à une époque quelconque de la gestation pour dire qu'il doit être français. On le soutient volontiers, surtout dans le cas où la mère est française à l'époque de la naissance. Il ne faut pas, dit-on, considérer comme étranger celui qui a dans les veines du sang français. Je ne crois pas devoir admettre cette solution, et remarquant qu'aux yeux de notre loi, en tant qu'elle régleme l'organisation de la famille, le lien juridique qui unit l'enfant au père est plus intime que celui qui l'unit à sa mère, je crois, ce qui était d'ailleurs admis par notre ancienne jurisprudence, que l'enfant doit suivre la condition du père, sauf à le considérer comme français toutes les fois que le père l'aura été soit à l'époque de la conception, soit à l'époque

de la naissance, sans qu'il soit nécessaire qu'il l'ait été aux deux époques ni dans l'intervalle qui les sépare. Voilà pour les enfants légitimes.

6. — Quant à l'enfant naturel, il aura la nationalité de l'auteur qui l'aura reconnu, ou celle qui est commune à ses deux auteurs s'ils l'ont reconnu l'un et l'autre et ont la même nationalité. Mais il est possible que le père n'ait pas la même nationalité que la mère. En pareil cas, il est une hypothèse qui ne fait guère de doute, c'est celle dans laquelle la reconnaissance du père est intervenue la première. On admet alors que l'enfant, devra suivre la nationalité de son père sans qu'elle puisse être changée par l'effet d'une reconnaissance postérieure de la mère. Mais l'hypothèse la plus délicate est celle dans laquelle l'enfant, ayant été reconnu d'abord par une mère française, vient à l'être ensuite par un père étranger. Beaucoup d'interprètes pensent que l'enfant qui était français par suite de la reconnaissance de la mère, ne peut pas se voir enlever cette nationalité qui constitue pour lui un droit acquis. Je crois cependant qu'en se plaçant dans l'esprit de notre législation, il faut décider que l'enfant suivra la condition de son père, puisque c'est lui qui lui donne son nom, et auquel la loi reconnaît la puissance paternelle. Dans le cas où l'enfant a été reconnu d'abord par une mère française et vient à l'être par un père étranger, je dirai donc que de deux choses l'une, ou la reconnaissance du père est sincère, ou elle ne l'est pas. Si elle n'est pas sincère, l'enfant peut la combattre; si elle l'est, les principes veulent que le père lui donne sa nationalité <sup>1</sup>.

Quant à l'époque à laquelle il convient de se placer pour attribuer à l'enfant naturel sa nationalité d'origine, je donnerai les mêmes solutions que celles que j'ai fait connaître précédemment pour l'enfant légitime.

Reste le cas où l'enfant naturel n'a de filiation prouvée à l'égard d'aucun de ses auteurs, soit que sa filiation ne soit pas

<sup>1</sup> Des auteurs ont prétendu faire intervenir en notre matière la tradition romaine, mais elle me paraît devoir être complètement écartée, car les relations établies par la filiation naturelle en droit romain et chez nous sont différentes du tout au tout.

régulièrement constatée, soit qu'il s'agisse d'un enfant trouvé. L'opinion la plus générale, que je partage, s'est fixée en ce sens, qu'il faut laisser l'enfant soumis à l'ancienne règle d'après laquelle : la naissance sur le sol français est attributive de la nationalité d'origine <sup>1</sup>. J'estime qu'il conviendrait de donner la même solution pour l'enfant dont les parents n'ont pas de nationalité connue.

7. — N'est-il pas regrettable de voir s'élever sur les divers points que nous venons de passer en revue toute une série de controverses dont je n'ai fait que signaler en passant quelques-unes ?

Il suffirait pour les faire disparaître : 1<sup>o</sup> de poser dans toute son ampleur le principe de filiation pour la détermination de la nationalité d'origine en modifiant la formule de l'art. 10-1<sup>o</sup>, C. civ. ; 2<sup>o</sup> de déterminer exactement, pour le cas où ils ont des nationalités différentes, celui des deux auteurs de l'enfant soit légitime, soit naturel, dont il doit prendre la nationalité ; 3<sup>o</sup> de fixer l'époque à laquelle la nationalité de cet auteur sera communiqué à l'enfant ; 4<sup>o</sup> enfin de déclarer français de naissance ceux des enfants qui sont nés chez nous de père et mère inconnus, ceux dont la filiation n'est pas régulièrement constatée et aussi ceux qui naissent de parents dont la nationalité est inconnue.

8. — Passons à l'enfant qui est né en France de parents étrangers. Il n'est pas français de plein droit, mais il lui est permis, en manifestant son attachement pour la France, d'acquérir cette qualité plus facilement qu'un étranger ordinaire. Voici d'ailleurs ce que porte l'art. 9 du C. civil : « Tout individu né  
« en France d'un étranger pourra dans l'année qui suivra  
« l'époque de sa majorité réclamer la qualité de français, pourvu

<sup>1</sup> Cette solution, admise couramment chez nous, a été au contraire très contestée en Belgique : un arrêt de la Cour de cassation belge du 24 juin 1880 (Sirey, 1881, IV, 17), décida par interprétation des art. 9 et 10 du Code Napoléon que les enfants nés de père et mère inconnus en Belgique n'avaient aucune nationalité. Une loi interprétative de ces textes, a dû, sous la pression de l'opinion publique, intervenir, et a décidé que les enfants nés de père et mère inconnus en Belgique étaient belges. V. Loi du 15 avril 1881 (*Ann. lég. ét.*, 1882, p. 453). V. pour la France le décret du 19 janvier 1811 qui soumet les enfants trouvés au service militaire. Aj. Cass. 14 juin 1887, Sirey, 1888, I, 77.

« que dans le cas où il résiderait en France il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il s'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission. » Rien de plus simple que le mécanisme de ce texte, mais il s'élève des difficultés sur son interprétation.

Il est d'abord une question qui est celle de savoir quelle est la loi qui fixe la majorité dans l'année de laquelle les formalités indiquées devront être accomplies. Est-ce la loi française, ou la loi du pays auquel l'enfant se rattache par son origine qui doit être consultée à cet effet? Les opinions sont partagées. Les uns disent que les rédacteurs de la loi française ont dû se référer naturellement à la majorité telle qu'elle est fixée par cette loi. Ce n'est pas là, à mon avis, la vraie solution, et je crois que la majorité dont il est ici question est celle du pays d'origine de l'enfant puisque celui-ci est provisoirement étranger et que le texte nous parle de l'époque de sa majorité. C'est en un mot une question de statut personnel à régler d'après la loi nationale de l'intéressé, ce qui n'a rien que de très rationnel <sup>1</sup>. On doit vouloir exiger que dans son option il ait une pleine indépendance, qui ne saurait lui appartenir tant qu'il est considéré comme mineur par la loi du pays dont il relève.

D'autre part, en supposant que les conditions de l'art. 9 aient été observées, c'est un point difficile que celui de savoir si l'enfant doit être considéré comme français du jour seulement où il a rempli les formalités prescrites, ou s'il ne faut pas admettre plutôt qu'il le devient rétroactivement du jour de sa naissance? Comment résoudre la question? Elle est très délicate. Sans doute, peut-on dire, il résulte de l'art. 9 que l'enfant n'est pas français de plein droit, mais il l'est au moins sous condition. Or d'après l'art. 1179, C. civ., la condition accomplie a un effet rétroactif, donc l'enfant doit être considéré *ex post facto* comme ayant été français dès l'origine. Reportons-nous d'ailleurs à l'art. 20 du Code. Nous y lisons que : « Les individus qui recouvreront la qualité de français dans les cas prévus par les art. 10, 18

<sup>1</sup> V. notamment Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1885, Sirey, 1887, II, 87.

« et 19 ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions qui leurs sont imposées par ces articles, et *seulement* « pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette « époque. » Il n'y est pas fait mention de l'art. 9, et des personnes dont il fixe la condition : c'est donc que la règle de non-rétroactivité posée par le texte ne leur est pas applicable. Qu'il doive au contraire y avoir rétroactivité dans le cas de l'art. 9, mais, dit-on encore, c'est ce qui résulte de l'expression de « réclamer » qui y est employée. On ne réclame apparemment que ce que l'on possède déjà ou ce que l'on a tout au moins à l'état latent. Ces deux derniers arguments n'ont pas une bien grande valeur. Si le texte de l'art. 9 se sert en effet du mot *réclamer*, c'est afin de différencier la faveur qu'il fait à l'enfant dont il parle, et qui devient français par le fait seul qu'il remplit les conditions voulues, de la situation faite aux étrangers ordinaires qui, pour devenir français, doivent solliciter une naturalisation du gouvernement, qui est maître de la leur accorder ou de la leur refuser. Le sens du mot *réclamer* étant ainsi déterminé, nous pouvons nous en emparer à notre tour et dire que le silence sur l'art. 9 gardé par l'art. 20, dont on ne tire après tout qu'un argument a *contrario*, se conçoit à merveille. Ce texte parlant de personnes qui recouvrent la qualité de français, qu'elles ont perdue soit directement, soit par le fait de leur auteur, a cru bon, à raison même de l'idée de rétroactivité qu'éveille aussitôt dans l'esprit le mot « *recouvrer* », de faire savoir qu'il n'y avait pas à en tirer cette conséquence. L'art. 9 se servant d'une toute autre expression, celle de « *réclamer* », il est naturel que l'art. 20 n'en ait fait aucune mention. Ecartons donc ce texte. Reste l'argument incontestablement très-fort tiré de l'art. 1479. J'avoue que je suis ici très-perplexe <sup>1</sup>. Cependant il me semble excessif de transporter cette règle qui est écrite pour les contrats dans une matière qui a trait à l'état des personnes. Si on admet la rétroactivité, l'état de la personne va donc être en suspens? Cela me paraît inadmissible et je préfère dire que l'acquisition de la qualité de français, dans les termes de l'art. 9, s'opère sans rétroactivité.

<sup>1</sup> V. Alger, 2 décembre 1886, *J. de droit int. privé*, 1887, p. 477 et la note.



En tout cas il est certain que provisoirement l'enfant est étranger et que par conséquent il ne peut ni exercer les droits ni être soumis aux obligations qu'impose la qualité de français<sup>1</sup>.

9. — Tel est l'art. 9 du Code civil. En présence des difficultés d'interprétation qu'il soulève, décider d'une part que la majorité de l'enfant sera déterminée par la loi étrangère qui est actuellement celle qui le régit, et d'autre part que l'acquisition de la nationalité française ne produira d'effet que pour l'avenir me paraît être le minimum des réformes législatives qu'il serait souhaitable de voir adopter.

Mais ne conviendrait-il pas d'aller plus loin encore? N'est-il pas regrettable que l'acquisition de la qualité de français par l'étranger né sur notre territoire soit un droit pour lui à sa majorité, quel qu'indigne qu'il puisse s'en être montré auparavant. On a vu dans les faits un individu, qui avait été pendant sa minorité l'objet d'une mesure d'expulsion, devenir français en se prévalant de l'art. 9. Ne pourrait-on pas imposer à celui qui veut devenir français et qui remplit les conditions que nous connaissons, de demander au gouvernement la nationalité française? Ce serait une naturalisation privilégiée qui sauvegarderait tous les intérêts.

J'irai même plus loin et il me paraîtrait équitable d'admettre que l'enfant dont nous parlons pût se faire habilitier pendant sa minorité, conformément aux règles de la loi étrangère qui le régit actuellement, à l'effet de solliciter du gouvernement français son admission au nombre des nationaux. On lui ouvrirait ainsi pendant sa minorité les écoles du gouvernement qui exigent la qualité de français et on lui permettrait d'exercer toutes les prérogatives qui s'attachent à cette qualité.

10. — Le système du Code civil, que nous venons de rappeler, présentait en tout cas de très sérieux inconvénients. Il arrivait fréquemment que des individus placés dans le cas de l'art. 9 ne faisaient aucune déclaration, et se constituaient sans risques une possession d'état paisible de la qualité de français, s'empressant

<sup>1</sup> L'individu de l'art. 9 n'est soumis à la conscription qu'après qu'il a rempli les formalités pour devenir français. V. art. 9 de la loi du 27 juillet 1872. — Il ne peut entrer pendant sa minorité dans les écoles du Gouvernement. V. Cass. 31 décembre 1860. — Voir cependant la note 2, p. 25.

d'exciper de leur qualité d'étranger toutes les fois qu'on leur opposait une charge attachée à notre nationalité. Certains départements, les départements frontières surtout, se peuplèrent d'individus de cette sorte. — D'autres personnes au contraire se croyant de bonne foi françaises se laissaient porter sur les listes de recrutement, s'acquittaient des obligations militaires, puis, plus tard, l'occasion se présentant, on leur opposait leur extranéité alors qu'il n'était plus temps pour elles d'accomplir les formalités de l'art. 9. Il va sans dire que ces personnes formaient le petit nombre.

C'est sous l'influence de ces faits que s'est accomplie toute une évolution législative qui se continue de nos jours et qui, sans abandonner le principe de la détermination de la nationalité d'origine par le *jus sanguinis*, est venue donner de plus en plus d'importance au fait de la naissance sur le sol français.

On a voulu atteindre ceux qui, placés dans le cas de l'art. 9, se gardaient bien de réclamer la qualité de français. C'est la proposition qui fut faite d'abord en 1831 lors de la discussion de la loi sur le recrutement, puis en 1849 lors de l'élaboration de la loi sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France. Il n'y fut donné suite ni à une époque ni à l'autre. La loi du 22 mars 1849 se contenta de venir seulement au secours de celui qui, étant étranger, avait de bonne foi satisfait aux obligations militaires françaises, en lui permettant de devenir français conformément à l'art. 9, à quelle époque que ce fut, même après l'année de sa majorité.

41. Pendant ce temps le mal s'étendait. On comptait dans le seul département du Nord 70.000 étrangers qui, nés en France, n'avaient pas réclaté la qualité de français. »

Il fallait intervenir. C'est alors que survint la loi du 7 février 1851 qui, négligeant la première génération sur le sol français, ne s'occupa que de celui qui naît en France d'un étranger qui lui-même y est né. Le législateur considéra que deux générations s'étant produites successivement en France, il y avait lieu d'abandonner ici le principe du *jus sanguinis* pour déterminer la nationalité de l'enfant, et qu'il fallait le déclarer français *jure soli*. Si la loi s'en était tenue là, comme on le voulait dans le

projet, n'était-il pas à craindre de voir surgir des inconvénients de même nature que ceux qui avaient fait écarter en 1804 le principe de la détermination de la nationalité d'origine par le lieu de la naissance dès la première génération? Les législations étrangères n'allaient-elles pas user aussitôt de représailles à l'encontre des enfants issus de Français, qui étaient établis chez elles? Le ministre des affaires étrangères le fit observer et protesta contre l'adoption de la loi telle qu'on la proposait. Il y fit ajouter et admettre que l'enfant serait français « à moins que « dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est « fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger « par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du « lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou « consulaires accrédités en France par le gouvernement étran- « ger. » Voilà une déclaration analogue à celle de l'art. 9, avec cette différence qu'elle se produit en sens inverse : c'est une déclaration d'extranéité. On ne peut plus alors reprocher à la loi française d'imposer sa nationalité.

Celui-là est donc français de plein droit qui est né en France *d'un* étranger qui lui-même y est né. Mais que faut-il entendre par là? Entend-on ainsi parler des deux auteurs, ou seulement de l'un des deux, sans qu'il y ait à distinguer entre le père et la mère? Il n'y a évidemment pas de difficulté si l'un et l'autre sont nés sur le sol français, mais le doute se présente immédiatement à l'esprit dès que l'on suppose que l'un des deux seulement y est né. Je crois toutefois qu'il faut ici faire prévaloir l'opinion la plus large et dire que peu importe que ce soit le père ou la mère qui soit né en France, les termes de la loi sont assez compréhensifs pour qu'elle reçoive dans les deux cas son application. A ce dernier point de vue la formule de la loi aurait donc besoin d'être remaniée et précisée.

12. — Mais j'irai plus loin encore, et je m'attaquerai directement au principe qu'elle pose. Pour attribuer la nationalité française, la loi de 1851 a le tort à mon avis de ne tenir compte que du fait seul de deux naissances, se produisant successivement sur le territoire français. Il en résulte notamment que si une femme née en France, se marie avec un étranger, quitte notre

pays, mais vient à mettre au monde un enfant au cours d'un voyage qu'elle fait plus tard chez nous, cet enfant va naître français. Il est possible encore, s'agissant d'étrangers, de supposer que les deux naissances successives se produisent accidentellement sur notre territoire. N'est-il pas bizarre de voir en pareil cas notre loi revendiquer l'enfant au nombre de ses nationaux? Ces hypothèses sont peu pratiques, je le veux, mais elles me paraissent cependant de nature à démontrer que le législateur français n'a pas su poser une règle satisfaisante pour atteindre le but qu'il visait. Il serait logique, si l'on veut s'attacher au fait de deux naissances successives en France, d'y exiger l'établissement des parents dans l'intervalle qui les sépare ou bien de se contenter, en faisant abstraction du lieu de leur naissance, de l'établissement des parents en France pendant un certain temps, dix ou vingt ans par exemple, pour attribuer à leurs enfants notre nationalité. Ces solutions, que nous retrouverons dans certaines législations étrangères, me paraissent incontestablement préférables à celles de notre loi, et évitent les singularités que je viens de signaler.

Quoi qu'il en soit, la loi du 7 février 1851 qui motiva de très grandes réclamations diplomatiques, et dont l'abrogation fut formellement demandée par le ministre de la guerre en 1867, parce qu'en jetant une grande indécision sur la nationalité de beaucoup de personnes elle rendait délicate l'élaboration des listes du recrutement, n'atteignait pas le résultat qu'elle s'était proposé. Les réclamations d'extranéité se firent d'autant plus nombreuses qu'on les rendait plus faciles en ne les soumettant à aucune condition restrictive.

13. — La loi ne remédiait à rien, et elle était si bien illusoire que le nombre des étrangers dans les départements frontières ne cessa d'augmenter. Dans les départements du Nord il s'éleva de 1851 à 1866 du chiffre de 77.000 à celui de 183.000 : il s'accrut donc de 106.000 en 15 ans !

Ce fut en 1874 seulement que le législateur crut devoir se préoccuper de conjurer le mal. Une loi fut alors votée le 16 décembre, et prit tout d'abord une mesure des plus sages en imposant à celui qui veut se réclamer de la qualité d'étranger

l'obligation de prouver qu'il a conservé sa nationalité par une attestation en due forme de son gouvernement. C'est ce que porte l'art. 1 de la loi du 16 décembre 1874.

Mais cette première innovation importante ne suffisait pas. Sous l'empire de la loi de 1851 les jeunes gens qui étaient déclarés français, mais qui pouvaient exciper à leur majorité de la qualité d'étranger, étaient libres de n'user de ce droit qu'après leur passage dans les écoles de notre gouvernement, et après avoir profité de leur enseignement. Ne fallait-il pas éviter aussi cet inconvénient? Le législateur de 1874 l'a pensé et n'a permis à l'intéressé d'user pendant sa minorité de ceux des avantages que la loi réserve aux seuls nationaux, qu'à la condition de renoncer au droit de réclamer à sa majorité la nationalité étrangère. « Cette déclaration, nous dit l'art. 2 de la loi, ne peut « être faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père ou « à défaut du père, de la mère, ou à défaut du père et de la mère, « du conseil de famille. »

14. — Ce sont des innovations qui ne peuvent que mériter approbation.

Tel est l'état de notre droit sur la détermination de la nationalité d'origine, mais à l'heure actuelle une série de réformes législatives sur la nationalité sont en instance devant le Parlement. Nous allons en détacher ce qui concerne notre sujet d'étude.

15. — M. Batbie soumit en 1882 au Sénat une proposition de loi sur la naturalisation <sup>1</sup>. Ce travail habile et judicieux de coordination d'un grand nombre de textes actuellement épars, et qui tranchait beaucoup de difficultés qu'ils soulèvent, ne touchait que très accessoirement à notre matière. Respectueux des dispositions des art. 9 et 10 du C. civ., il reproduisait les solutions des lois du 7 février 1851 et du 16 décembre 1874 dans ses art. 9 et 13-1<sup>o</sup>. Comblant toutefois une lacune que nous avons eu l'occasion de signaler, l'art. 8 de la proposition portait : « Est français l'enfant né en France de parents inconnus. » Puis, négligeant peut-être à tort de préciser dans le cas où il venait à être reconnu lequel de ses deux auteurs lui donnerait sa nationalité, le texte

<sup>1</sup> V. le texte de cette proposition dans le *Traité élémentaire de droit international privé* de M. Weiss, p. 297 et suiv.

ajoutait : « Si les parents viennent à être légalement connus, « l'enfant suit leur nationalité, mais il pourra opter pour la « nationalité française dans l'année qui suivra sa majorité, ou s'il « est majeur dans l'année qui suivra sa reconnaissance. » On permet donc à l'enfant de recouvrer par le bienfait de la loi la nationalité que lui avait donnée sa naissance.

16. — Cette proposition de loi fut, sur la demande même de son auteur, communiquée à la section de législation du Conseil d'État, qui l'élargit et établit tout une réglementation sur la nationalité.

L'entente ne s'établit pas de prime abord au Conseil d'État, et des doctrines diverses y furent soutenues <sup>1</sup>. Les uns, faisant table rase des lois de 1851 et de 1874, voulaient que l'on ne tînt compte que du lien de filiation pour la détermination de la nationalité d'origine. D'autres, partisans du *jus soli*, se divisaient dans leurs solutions. Ceux-ci pensaient que le meilleur parti serait encore de revenir au système qui, pratiqué dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence française, avait été consacré dans le projet de Code civil. Ceux-là préconisant un système qui avait été proposé en 1849 à la Commission alors chargée de l'examen du projet de loi sur la naturalisation, et qui avait inspiré une proposition de loi déposée sur le bureau de la Chambre des députés en 1885, estimaient que tout enfant né en France de parents étrangers devait être déclaré français, sauf à lui réserver le droit à sa majorité de réclamer la nationalité étrangère <sup>2</sup>. C'était proposer de faire à la première génération sur le sol l'application des règles qui ne sont actuellement admises que pour la seconde. Il en était enfin qui prétendaient qu'il ne convenait d'attribuer la qualité de français qu'à l'enfant né d'étrangers, qui manifestait son attachement à la patrie française en y résidant et en laissant passer l'année de sa majorité sans se prévaloir de son extranéité. Mais toutes ces doctrines, dont beaucoup s'inspiraient de systèmes législatifs pratiqués à l'étranger, ne prévalurent pas,

<sup>1</sup> V. *Journal off.* du 14 novembre 1886. Séance du Sénat du 13 novembre 1886.

<sup>2</sup> M. Laurent proposa cette doctrine dans l'avant-projet de Code civil belge qu'il rédigea.

et le résultat de la discussion fut l'adoption d'un système intermédiaire qui, conservant pour la seconde génération le principe de la loi de 1851, et s'inspirant de l'idée fondamentale qui domine notre système législatif actuel, s'attacha pour la première génération au *jus sanguinis*, mais reconnut qu'il était juste de permettre à l'enfant étranger né sur le sol français de devenir national plus facilement que ne le peut un étranger ordinaire.

Il restait à déterminer le caractère que devait présenter cette faveur. Rejetant à bon droit, suivant nous, l'idée sur laquelle repose l'art. 9 actuel du Code civil, puisqu'il peut permettre à des indignes d'entrer dans la famille française, le Conseil d'État substitua au droit d'exiger la nationalité par le fait seul de l'accomplissement de certaines conditions, celui d'en solliciter seulement l'acquisition près du gouvernement français.

17. — Voici quelles furent d'ailleurs les dispositions proposées.

L'art. 1<sup>er</sup> de la proposition délibérée en Conseil d'État<sup>1</sup> fait disparaître l'anomalie de rédaction que nous avons signalé dans l'art. 10-1<sup>o</sup> du Code civil, et y substitua un texte posant clairement le principe du *jus sanguinis*. « Est français, nous dit-il, tout individu né d'un Français *en France* ou à l'étranger. » Puis l'art. 2 s'occupant des enfants naturels s'exprime dans les termes suivants : « Est français tout individu né en France de parents « inconnus. Lorsque sa filiation est établie *pendant sa minorité*, « par reconnaissance ou par jugement, il suit pour l'avenir la « nationalité du père ou celle de la mère si la filiation n'est « établie que vis-à-vis d'elle. » C'est, du moins en tant qu'il s'agit des mineurs, la consécration dans un texte, qui n'a rien que de très-rationnel, des règles qui sont généralement admises dans notre droit actuel. Il résulte notamment de la fin du texte que si après avoir été reconnu par un mère française, l'enfant naturel mineur vient à l'être par un père étranger, il doit perdre la nationalité française pour suivre celle de son père.

Quant à l'enfant qui est né en France d'un étranger, c'est

<sup>1</sup> V. Le texte de la proposition de loi présentée par la section de législation du Conseil d'Etat dans le *Traité élémentaire de droit international privé* de M. Weiss, p. 300 et suiv.

l'art. 5 qui règle sa condition en disant qu'il est placé au nombre de ceux qui peuvent obtenir une naturalisation de faveur, « à partir de l'âge de 18 ans jusqu'à l'âge de 22 ans « accomplis en prouvant qu'ils ont eu en France une résidence « habituelle de trois ans pendant les cinq ans qui ont précédé « leur demande en naturalisation. » On excepte toutefois, en leur permettant d'obtenir la naturalisation alors même qu'ils ne remplissent pas ces conditions, d'une part ceux qui servent ou ont servi dans les armées de terre ou de mer, et d'autre part ceux qui ont satisfait à la loi du recrutement sans exciper de leur extranéité. Il est encore à noter qu'il résulte de l'art. 11 *in fine*, ce qui met à néant la controverse délicate que nous avons agitée sur l'art. 9 du Code civil, que l'acquisition de la nationalité française par une naturalisation, quelle qu'en soit la nature, ne peut produire d'effet que pour l'avenir.

Si elle doit être louée sans réserve à ce dernier point de vue, et aussi en tant qu'elle supprime toute condition de stage au profit de ceux qui sollicitent la naturalisation de faveur quand ils servent ou ont servi dans les armées françaises, et quand ils ont satisfait aux obligations du recrutement sans réclamer la qualité d'étranger, la proposition de loi me paraît excessive dans ses exigences pour tous ceux qui ne se trouvent pas dans l'un ou l'autre de ces deux cas particulièrement favorables. Pourquoi donc, en effet, se montrer plus sévère pour l'obtention d'une naturalisation dans notre hypothèse, que ne s'est montré l'art. 9 du Code civil pour la concession du droit de se prévaloir de la nationalité française, alors surtout que les mêmes dangers n'existent plus, puisque c'est au gouvernement qu'il appartient de décider? En outre le Conseil d'État n'a-t-il pas tort de ne pas permettre à l'enfant, pourvu qu'il soit habilité, de solliciter à quelque époque que ce soit de sa minorité, l'acquisition de la nationalité française?

Mais là où le projet me paraît être surtout défectueux, c'est dans la disposition de son art. 3 ainsi conçu : « Est français « tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est « né. Il peut néanmoins, à partir de dix-huit ans jusqu'à l'âge de « 22 ans accomplis, décliner pour l'avenir la qualité de français



« par une déclaration faite..... L'engagement dans les armées  
 « de terre ou de mer, l'entrée dans les fonctions publiques et dans  
 « des écoles du gouvernement, à l'âge fixé par les lois et règle-  
 « ments, emporteront renonciation au droit de décliner la qua-  
 « lité de français. » Ce texte, qui s'attache uniquement au fait  
 de deux naissances se produisant successivement sur le sol fran-  
 çais, ne fait donc pas disparaître de notre droit la bizarrerie qui  
 peut être la conséquence de l'application de la loi de 1851, puis-  
 qu'il se contente d'en reprendre la formule. J'ajoute que les so-  
 lutions qu'il donne me paraissent moins heureuses que celles des  
 lois de 1851 et de 1874. D'une part, il me semble fâcheux de  
 permettre à l'enfant de répudier la nationalité française dès  
 18 ans, c'est-à-dire à une époque où il n'a pas encore atteint sa  
 pleine capacité. D'autre part, il me semblerait préférable d'ad-  
 mettre que l'enfant, en se faisant habiliter, puisse renoncer d'une  
 manière générale pendant sa minorité au droit de réclamer la  
 nationalité étrangère, plutôt que d'induire de certains de ses  
 actes, comme on le propose, cette renonciation.

18. — La commission du Sénat, qui se livra à l'examen des  
 réformes ainsi présentées par le Conseil d'État, n'y introduisit que  
 quelques modifications, ainsi que nous allons nous en rendre  
 compte en prenant connaissance des textes relatifs à notre sujet,  
 qu'elle crut devoir soumettre aux délibérations du Sénat<sup>1</sup>.

Après la règle d'après laquelle : « Tout Français jouit des  
 droits civils », la commission proposa, ce qui fut admis par le  
 Sénat, d'ajouter à l'art. 8 du Code civil qui la contient, toute  
 une série d'alinéas dans lesquels se trouve dressée la liste de  
 ceux qui sont français. Trois de ces alinéas se réfèrent à la dé-  
 termination de la nationalité d'origine.

Le premier, reproduisant la solution proposée au Conseil  
 d'État, décide que « tout individu né d'un Français en France ou  
 à l'étranger » est français. Cette formule préférable sans doute  
 à celle de notre Code civil, laisse cependant à tort dans l'obscu-  
 rité la solution de questions difficiles que nous avons signa-  
 lées à propos de l'art. 10-1<sup>o</sup> et qu'il eût été préférable de voir  
 trancher. Mais elle a été admise sans modifications au Sénat.

<sup>1</sup> *Journal off.* du 14 novembre 1886 et *Journal off.* du 4 février 1887.

Après avoir posé la règle ci-dessus le 1<sup>er</sup> alinéa de l'art. 8 évite, à très-bon droit, de passer sous silence, la condition des enfants naturels. La commission proposa en ce qui les concerne la disposition suivante : « L'enfant dont la filiation est établie « pendant la minorité par reconnaissance ou jugement suit la « nationalité du père ou celle de la mère si la filiation n'est pas « établie à l'égard du père. » On fit observer, lors de la première délibération, que l'enfant reconnu d'abord par une mère française, perdrait en vertu de ce texte cette nationalité par suite de la reconnaissance d'un père étranger, alors que cet enfant est peut-être entré dans une école de gouvernement. N'est-il pas regrettable que de semblables résultats puissent se produire ? Le rapporteur répondit que le texte, identique à ce point de vue à celui qu'avait admis le Conseil d'Etat, ne faisait rien autre chose que traduire en loi ce qui est la règle actuelle, en y apportant même une atténuation, puisque le changement de nationalité atteint de nos jours l'enfant naturel, même devenu majeur, tandis que d'après le texte proposé c'est seulement la nationalité d'un mineur qui peut être changée. La commission décida toutefois qu'elle verrait pour la seconde lecture s'il n'y aurait pas lieu de tenir compte des critiques <sup>1</sup>. Le texte fut en effet modifié, et, tel qu'il fut présenté lors de la seconde délibération, il était ainsi conçu : « L'enfant naturel, dont la filiation est établie pendant « la minorité par reconnaissance ou par jugement, suit la na- « tionalité de celui des parents à l'égard duquel *la preuve a « d'abord été faite*. Si elle résulte pour le père et la mère du « même acte ou du même jugement l'enfant suivra la nationa- « lité du père. » Cette rédaction fut adoptée <sup>2</sup>. Ce texte me paraît cependant critiquable. S'il en résulte, en effet, que l'enfant naturel reconnu d'abord par une mère française ne voit pas sa nationalité changer par suite de la reconnaissance postérieure d'un père étranger, en tout cas celui qui aura été reconnu d'abord par une mère étrangère, puis viendra à l'être par la suite par un père français, n'acquerra par notre nationalité. Ce que l'on gagne d'un côté, on le perd de l'autre. A mon avis, il eût

<sup>1</sup> *Journal off.* du 14 novembre 1886.

<sup>2</sup> *Journal off.* du 4 février 1887.

été plus sage de conserver les règles actuelles, sauf à faire bénéficier l'enfant, qui de français devient étranger, de faveurs exceptionnelles, et à lui permettre en se faisant habilitier, de solliciter par exemple une naturalisation privilégiée.

Si le 1<sup>er</sup> alinéa de l'art. 8 proposé nous paraît mériter quelques critiques, il en est tout autrement de son 2<sup>e</sup> alinéa, qui ne peut qu'être approuvé en tant qu'il déclare français « tout enfant « né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est « inconnue. »

Il serait évidemment surabondant de renouveler ici les critiques que j'ai déjà dirigées contre le principe de la loi du 7 février 1851 qui se trouve reproduit dans le § 3 de l'art. 8 ainsi conçu : Est français, « tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins qu'il n'ait à sa majorité décliné la « qualité de français, et prouvé qu'il a conservé la nationalité de « ses parents aux conditions et suivant les formes déterminées « par les lois ou les règlements <sup>1</sup>. » Ce texte voté sans modifications en première lecture devait être rapproché du paragraphe final de l'art. 6 du projet de loi aux termes duquel : « L'engage- « ment volontaire ou l'entrée dans les écoles du Gouvernement « emportera option pour la nationalité française et renonciation à « la nationalité des parents. Le mineur ne pourra s'engager ou « se présenter aux écoles du Gouvernement qu'avec le concours « des personnes dont l'assistance est exigée par la loi française « pour le consentement au mariage <sup>2</sup>. » Cette dernière disposition a disparu dans le texte soumis à la deuxième délibération du Sénat, sans qu'il soit resté trace dans la discussion des motifs de cette disparition. Il eût été préférable, à notre avis, de respecter la règle si judicieuse écrite aujourd'hui dans l'art. 2 de la loi de 1874. Quant au § 3 de l'art. 8, on le vit réapparaître, mais quelque peu modifié, puisqu'il portait que celui-là est français : « qui est « né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins « qu'il n'ait au moment de l'appel sous les drapeaux, ou dans « l'année qui suit sa majorité, décliné la qualité de fran- « çais, etc... » Un membre du Sénat, désireux d'empêcher à

<sup>1</sup> *Journal off.* du 14 novembre 1886.

<sup>2</sup> *Journal off.* du 16 novembre 1886.

tout prix que des étrangers pussent se créer une possession d'état paisible de la qualité de français sans satisfaire aux obligations du service militaire soit en France, soit dans le pays de la nationalité duquel ils se réclament, demanda l'addition au texte du § 3 d'une disposition ne permettant à l'intéressé de répudier la nationalité française qu'en prouvant non-seulement qu'il a conservé la nationalité étrangère, mais encore « *s'il y a lieu*, qu'il a « satisfait à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues par les traités. » Cet amendement, bien qu'il fût combattu par le rapporteur tant à raison des difficultés pratiques qu'il pourrait susciter à l'intéressé, qu'à raison de ce fait qu'il eût mieux trouvé sa place dans une loi de recrutement que dans une loi ayant un caractère général comme celle qui se propose de modifier le Code civil, n'en fut pas moins adopté<sup>1</sup>.

19. — Il reste à se demander quelle est, d'après le projet, la condition faite à l'enfant né sur le sol français de parents étrangers. Acceptant l'idée d'une naturalisation privilégiée, comme l'avait proposé le Conseil d'état, mais en en rendant avec grande raison les conditions d'obtention des plus faciles et en permettant en outre aux mineurs de la solliciter, l'art. 9 du Code civil, tel qu'il fut remanié et soumis au Sénat en seconde lecture, contenait une des règles des plus satisfaisantes, à mon avis, de tout le projet. Il était ainsi libellé : « Tout individu né en France de « parents étrangers pourra, jusqu'à l'âge de 22 ans accomplis, « obtenir la naturalisation *sans condition de stage*, mais en faisant sa soumission dans le cas où il résiderait à l'étranger de « fixer son domicile en France et en l'y fixant réellement dans « l'année à compter de l'acte de soumission. S'il est mineur, la « naturalisation sera sollicitée en son nom par son père, sa « mère, ou son tuteur avec l'approbation du conseil de famille<sup>2</sup>. » L'idée de remplacer ainsi l'acquisition de la nationalité française qui se produit de plein droit, d'après l'art. 9 actuel du Code civil, et par cela seul qu'il y a accomplissement de certaines conditions déterminées, par une naturalisation privilégiée sauvegardant tous les intérêts, ne fut, lorsque le projet fut discuté pour

<sup>1</sup> *Journal off.* du 16 novembre 1886.

<sup>2</sup> *Journal off.* du 4 février 1887 et du 8 février 1887.

la première fois au Sénat, que mollement attaquée par un de ses membres, qui demanda le retour pour la détermination de la nationalité d'origine, aux principes qui avaient été jadis suivis dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence française <sup>1-2</sup>. Mais sous prétexte qu'il fallait faciliter l'acquisition de la qualité de français, et qu'une naturalisation privilégiée l'entravait, ce qui n'est rien moins que prouvé, puisque d'une part on eût pu la rendre gratuite, et que d'ailleurs la suppression du droit de sceau a été votée pour toute naturalisation, et que d'autre part si quelques lenteurs administratives sont à craindre, elles me semblent moins fâcheuses qu'une loi qui admet l'entrée possible d'indignes dans la famille française, celle-ci dut disparaître. Le bienfait de la loi fut en somme rétabli dans le texte qui, admis en seconde lecture, est ainsi conçu : « Tout individu né en France de parents « étrangers pourra, *jusqu'à l'âge de 22 ans accomplis*, réclamer « la qualité de français sans condition de stage, mais en faisant sa « soumission, dans le cas où il résiderait à l'étranger, de fixer « son domicile en France, et en l'y fixant réellement dans l'an- « née à compter de l'acte de soumission. S'il est mineur, la déclara- « tion sera faite en son nom par son père, sa mère ou son « tuteur avec l'approbation du conseil de famille <sup>3</sup>. »

20. — En rapprochant cette disposition de celle de l'art. 9 actuel du Code civil, on peut constater qu'il existe entre elles deux différences principales :

1<sup>o</sup> L'art. 9 du Code civil, qui fait, à ce point de vue, naître une controverse précédemment indiquée, fixe à l'année de sa majorité le délai dans lequel l'enfant né d'étrangers en France doit accomplir les formalités voulues pour pouvoir exiger la qualité de français. Le texte nouveau précise davantage et indique comme terme extrême jusqu'à l'expiration duquel les formalités peuvent être utilement remplies par l'enfant, l'âge de 22 ans accomplis. Il me semble qu'il eût été préférable, puisque provisoirement l'individu dont nous parlons est étranger, de dire que la réclamation par lui de la qualité de français, qui peut avoir

<sup>1</sup> *Journal off.* du 16 novembre 1886.

<sup>2</sup> *Journal off.* du 14 novembre 1886.

<sup>3</sup> *Journal off.* du 4 février 1887.

lieu au dessous de 22 ans, pourra se produire après cet âge jusqu'à l'expiration d'une année après l'époque de sa majorité, telle qu'elle est déterminée par sa loi personnelle. Ce serait plus conforme aux vrais principes, d'autant mieux qu'il est à craindre, étant donné qu'il est des lois qui reculent l'époque de la majorité au delà de 21 ans et même de 22 ans, que l'on ne prive du bénéfice de l'art. 9 des personnes qui seraient disposées à s'en prévaloir à leur majorité, alors qu'elles seraient libres et capables, mais qui en peuvent être empêchées par ceux sous l'autorité desquels elles se trouvent tant qu'elles sont mineures.

2<sup>o</sup> L'art. 9 actuel ne permet pas à l'enfant étranger né en France de réclamer, en se faisant habiliter par ses parents étrangers, la qualité de français pendant sa minorité. Cette règle a subsisté jusqu'ici, bien que l'on ait essayé à diverses reprises, tant en 1867, qu'en 1874 et 1882, de la modifier. Jusqu'ici l'on a reculé devant l'idée de permettre à *des parents étrangers* d'habiliter leur enfant à l'effet de lui faire réclamer notre nationalité pour se prévaloir des avantages qui y sont attachés et pour pouvoir notamment entrer dans les écoles de notre gouvernement. Il n'en n'est plus ainsi d'après le projet de loi, et si j'applaudis volontiers pour ma part à cette innovation possible, je ne saurais dissimuler cependant qu'elle me semble être plus grave qu'elle ne l'aurait été si l'on avait accepté l'heureuse création d'une naturalisation privilégiée, que le gouvernement aurait été maître suivant les circonstances d'accorder ou de refuser.

Il est aussi à noter en en finissant avec la proposition de loi votée au Sénat, d'une part, que le nouvel art. 9 *in fine* décide, à l'exemple de la loi de 1849, ce qui n'a rien que de très sage, que : « Tout individu né en France de parents étrangers  
« devient français si, ayant été porté sur le tableau de recense-  
« ment, il prend part aux opérations de recrutement sans oppo-  
« ser son extranéité <sup>1</sup> ; » et d'autre part, que la difficulté qui s'élève actuellement sur le point de savoir si l'acquisition de la qualité de français par l'enfant étranger né en France rétroagit ou non au jour de sa naissance, paraît devoir disparaître de notre droit. L'art. 20 du Code civil, tel qu'on le veut modifier, porterait en

<sup>1</sup> *Journal off.* du 4 février 1887.

effet que « les individus qui acquièrent la qualité de français dans « les cas prévus par les art. 9, 10, 18 et 19 ne pourront s'en pré- « valoir que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette « époque<sup>1</sup>. »

Telles sont les réformes projetées, et votées en 2<sup>e</sup> lecture au Sénat. Tout en faisant pressentir d'incontestables progrès, elles nous paraissent loin encore cependant de réaliser la précision que les obscurités de notre loi actuelle sur la matière si importante que je viens de parcourir font si vivement souhaiter. Il est vraisemblable, d'ailleurs, qu'elles subiront encore bien des modifications avant d'aboutir<sup>2</sup>.

§ 2. — *Notions de droit étranger et conflits de lois.*

21. — Les législations qui, comme la nôtre, prennent comme base de leur système pour la détermination de la nationalité d'origine le lien de filiation, mais qui reconnaissent une influence plus

<sup>1</sup> *Journal off.*, du 5 février 1887.

<sup>2</sup> V. *Journal off.* du 7 décembre 1887, Annexe 2083 (Chambre). V. égal. ci-dessous, p. 27 note 1. — Le Sénat, sans attendre le vote de la loi projetée sur la nationalité, a inséré dans la loi sur le Recrutement actuellement en discussion un art. 11 ainsi conçu : « Les individus déclarés « français en vertu de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 16 décembre 1874 sont portés « dans les communes où ils sont domiciliés sur les tableaux de recense- « ment de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité. Ils « sont soumis au service militaire s'ils n'établissent pas leur qualité « d'étranger. Les individus nés en France d'étrangers et résidant en « France sont également portés dans les communes où ils sont domiciliés « sur les tableaux de recensement de la classe dont la formalité suit « l'époque de leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française. Ils « peuvent réclamer contre leur inscription lors de l'examen du tableau de « recensement, ou lors de leur convocation au conseil de révision. S'ils ne « réclament pas, le tirage au sort équivaldra pour eux à la déclaration « prévue par l'art. 9 du Code civil. S'ils se font rayer, ils seront immé- « diatement déchus du bénéfice de cet article. Les mêmes dispositions sont « applicables aux individus résidant en France et nés en pays étrangers « soit d'un étranger qui depuis lors a été naturalisé français, soit d'un « français ayant perdu la qualité de français, mais qui l'a recouvrée ulté- « rieurement, si ces individus étaient mineurs lorsque leurs parents ont « acquis ou recouvré la nationalité française. » (V. Séances du Sénat du 17 mai 1888 (*Journal officiel* du 18 mai 1888) et du 25 juin 1888 (*Journ. off.* du 26 juin 1888).

ou moins considérable au fait de la naissance sur le sol, dans le but de faciliter à l'enfant l'acquisition de la nationalité du pays où il est né, sont de beaucoup les plus nombreuses. Je signalerai notamment les lois de la Belgique <sup>1</sup>, des Pays-Bas <sup>2</sup>, du grand-duché de Luxembourg <sup>3</sup>, de la principauté de Monaco <sup>4</sup>, de l'Italie <sup>5</sup>, de l'Espagne <sup>6</sup>, de la Russie <sup>7</sup>, de la Turquie <sup>8</sup>, de la Grèce <sup>9</sup>, de la Bulgarie <sup>10</sup>.

Sans vouloir entrer ici en aucune manière dans les détails de ces diverses législations, je me bornerai à présenter deux observations qui me permettront de dégager deux idées qu'il me paraît intéressant de rapprocher des règles qui sont admises chez nous.

Ma première observation est relative à la législation luxembourgeoise. Il résulte de la loi du 28 janvier 1878 que la nationalité luxembourgeoise appartient de plein droit à tout individu né sur le territoire du grand-duché d'un étranger qui lui-même y est né, sous réserve d'un droit d'option qu'il peut faire valoir à sa majorité. C'est la règle française de la loi du 7 février 1851. Mais une nouvelle condition est ajoutée à celles que je viens d'indiquer. Il faut en effet, pour que l'individu né dans les condi-

<sup>1</sup> Belgique. — V. Art. 10-1<sup>o</sup> Code Nap. — Art. 9 Code Nap. rapp. Art. 2 loi du 6 août 1881 sur les naturalisations (*Ann. lég. ét.*, 1882, p. 448).

<sup>2</sup> Pays-Bas. — V. Art. 5 § 2 Code civil néerlandais. Loi du 29 juillet 1850, sur la naturalisation, Art. 1 et 2.

<sup>3</sup> Grand-Duché du Luxembourg. — Art. 10-1<sup>o</sup> et 9 du Code Nap. rapp. de l'art. 9 d'une part une loi du 12 novembre 1859, d'autre part la loi du 28 janvier 1878, art. 2 (*Ann. lég. ét.* 1879, p. 548).

<sup>4</sup> Principauté de Monaco. — V. Art. 8 C. civ. de 1880 (*Ann. lég. ét.* 1882, p. 406). Aj. ordonnance du Prince du 8 juillet 1877 (*Ann. lég. ét.* 1878, p. 1088).

<sup>5</sup> Italie. — Art. 4, 6, 7 et 8 C. civ.

<sup>6</sup> Espagne. — La constitution du 30 juin 1876, Art. 1 semble consacrer le *jus soli*, mais elle ne doit pas être interprétée littéralement (*Ann. lég. ét.* 1877, p. 414).

<sup>7</sup> Russie. — On suit le *jus sanguinis*. Quant aux enfants nés d'étrangers en Russie, V. Art. 12 de l'Ukase du 6 mars 1864.

<sup>8</sup> Turquie. — Loi du 19 janvier 1869 sur la nationalité, Art. 1, 2.

<sup>9</sup> Grèce. — Art. 14, 17 et 19 C. civ.

<sup>10</sup> Bulgarie. — Constitut. du [16 avril 1879, art. 54 (*Ann. lég. ét.* 1880, p. 774) et loi du 26 février 1883, art. 7, 8, 9, 10, 13, 15 (*Archives diplomatiques*, 1884, 1, p. 74).



tions que je viens de dire ait la nationalité luxembourgeoise, que l'étranger dont il est né et qui est né lui-même dans le grand-duché, ait en outre résidé sur le sol luxembourgeois jusqu'à la naissance de l'enfant. Cette disposition de l'art. 2 de la loi luxembourgeoise de 1878 nous paraît devoir être pleinement approuvée et évite, ce que ne fait pas notre loi, d'attribuer une nationalité *jure soli* à une personne qui a pu naître accidentellement dans le grand-duché, alors qu'il en avait été déjà ainsi pour son auteur.

Quant à ma seconde observation, elle est relative à la législation italienne. Il existe une grande analogie entre le système italien et celui de la loi française du 7 février 1851, que reproduit, nous l'avons vu, le 3<sup>o</sup> de l'art. 8 du Code civil tel qu'on propose de le rédiger; mais il en diffère en ce qu'à la condition de la double naissance, celle de l'auteur et celle de l'enfant sur le territoire national, le Code italien substitue la condition d'un simple domicile conservé pendant dix ans par l'auteur en Italie, et complétée par la naissance de l'enfant sur le sol italien. C'est une règle analogue qui se retrouve écrite dans la loi néerlandaise d'après laquelle celui-là est de plein droit sujet néerlandais qui est né de parents *établis* sur le territoire des Pays-Bas. Dans ces pays, le fait de la naissance sur le sol a donc une importance plus grande que celle qu'elle a chez nous actuellement <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La commission de la Chambre des députés propose de décider que sera Français tout individu né en France d'un étranger qui, au moment de l'appel sous les drapeaux ou de la majorité de l'enfant, y serait établi au moins depuis vingt ans, à moins que cet individu ne décline la qualité de français et prouve qu'il a conservé la nationalité de ses parents et, s'il y a lieu, qu'il a satisfait aux obligations militaires dans le pays de la nationalité duquel il se réclame.

Elle propose en outre d'admettre que sera français celui qui naît en France d'un étranger qui lui-même y sera né. Pour celui-ci, la commission estime qu'il ne doit pas lui être permis de répudier la qualité de français, au contraire de l'enfant né de parents qui ne sont établis que depuis vingt ans en France. Dans sa pensée, telle qu'elle est dévoilée par le rapporteur, ce droit ne doit pas appartenir à l'enfant à raison de la grande fixité de l'établissement de ses parents étrangers en France, puisque celui-ci a duré dans l'intervalle qui sépare deux générations. Si l'on veut accepter cette solution, il serait souhaitable de voir répudier la formule vicieuse de la loi de 1851 et de rédiger avec plus de précision le texte proposé en s'inspirant

22. — Un second groupe de lois consacre le système du droit romain et ne tient compte pour la détermination de la nationalité d'origine que du lien de filiation, sauf à admettre le plus souvent, pour compenser la rigueur de cette règle, des facilités spéciales pour la naturalisation des étrangers. Ce système est suivi en Allemagne <sup>1</sup>, en Suisse <sup>2</sup>, en Autriche-Hongrie <sup>3</sup>, en Suède <sup>4</sup>.

23. — Tout à l'opposé, il existe des États peu nombreux où prévaut le principe du *jus soli*, avec des tempéraments plus ou moins importants permettant à l'enfant de répudier la nationalité que lui a attribué le lieu de sa naissance, et d'acquérir celle de ses parents. Cette règle est particulièrement en vigueur dans les États de l'Amérique du Sud, comme le Vénézuéla, qui, ayant d'immenses territoires et une population peu nombreuse, cherchent à se peupler.

24. — Restent enfin, formant un dernier groupe, des nations qui appliquent cumulativement le *jus sanguinis* et le *jus soli* pour fixer la nationalité d'origine <sup>5</sup>. L'Angleterre est de ce nombre, et elle admet que sont anglais d'une part ceux qui naissent de sujets britanniques soit en Angleterre, soit à l'étranger, et d'autre

notamment de celui de l'art. 2 de la loi luxembourgeoise de 1878. (Rapprocher cette solution de celle qui fut admise par le projet qui a abouti à la loi de 1851, afin de se rendre compte des objections qu'elle soulève).

Ces deux décisions proposées par la commission de la Chambre des députés, si elles sont adoptées, donneront au fait de la naissance sur le sol français une plus grande importance, non seulement que celle qu'elle a actuellement, mais encore que celle qui lui a été reconnue dans la proposition de loi telle qu'elle a été votée en deuxième lecture au Sénat. Ce n'est qu'à ces deux points de vue, du reste, que cette proposition a été modifiée, du moins en tant qu'elle s'occupe de la nationalité d'origine. Pour la rédaction émanée de la commission, V. Annexe 2683 (Chambre), *Journal officiel* des 7 et 8 décembre 1887.

<sup>1</sup> Allemagne, Loi fédérale du 1<sup>er</sup> juin 1870, art. 1, 2, 3, 4 (*Ann. lég. ét.*, 1872, p. 183).

<sup>2</sup> Suisse, Loi fédérale du 3 juillet 1876 (*Ann. lég. ét.*, 1877, p. 549).

<sup>3</sup> Autriche, art. 28, C. civ. — Hongrie, Loi des 20-24 décembre 1879, art. 1, 2, 3, 4 (*Ann. lég. ét.*, 1880, p. 351).

<sup>4</sup> Suède. Code suédois de 1734, Titre des successions, chap. XV, art. 7 *in fine*. V. Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*.

<sup>5</sup> Grande-Bretagne, Act du 12 mai 1870 (*Ann. lé. étg.*, p. 6).

part ceux qui naissent sur le territoire de la Grande-Bretagne même de parents étrangers. Cette législation, susceptible d'entraîner des conflits les plus graves si on la met en présence de celles qui, comme la nôtre, se rattachent au lien de filiation, et qui en outre est illogique puisque tout en prétendant traiter comme anglais les enfants nés d'Anglais à l'étranger, elle n'entend pas de son côté considérer comme étrangers les enfants nés d'étrangers en Angleterre, a été légèrement modifiée par « l'Act » du 12 mai 1870. Cet « Act » porte dans son art. 4 que toute personne qui, par le fait de sa naissance sur le sol britannique, est sujet britannique mais qui se trouve être en même temps sujet d'un pays étranger à ce moment, pourra à sa majorité se dépouiller de sa nationalité britannique par une déclaration d'extranéité. On ne rompt donc pas avec les anciens principes, mais on les modifie en permettant à l'enfant né de parents étrangers en Angleterre de déclarer à sa majorité qu'il veut adopter la nationalité de ses parents.

Les États-Unis de l'Amérique du Nord <sup>1</sup>, le Brésil <sup>2</sup>, et en Europe, le Danemark <sup>3</sup>, le Portugal <sup>4</sup> suivent un système législatif analogue.

25. — Du tableau très-élémentaire <sup>5</sup> que je viens de dresser ici, il résulte que des conflits des plus graves peuvent surgir entre les lois des divers pays.

Ces conflits, qui sont nombreux même entre nations appartenant au même groupe, sont faciles à entrevoir dans leurs traits principaux.

C'est ainsi que les lois des États qui déclarent que les enfants nés de leurs nationaux en pays étrangers leur appartiennent,

<sup>1</sup> États-Unis, V. *Journal Dr. int. privé*, 1887, p. 231. Cpr. *Journal Dr. int. privé*, 1887, p. 32.

<sup>2</sup> Brésil, Constit. du 25 mars 1824, art. 6; décret du 14 août 1846; loi du 10 septembre 1860 et les documents rapportés dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1878, p. 836; 1879, p. 738; 1877, p. 837, et 1882, p. 895.

<sup>3</sup> Danemark, V. *Journal Dr. int. privé*, 1883, p. 213.

<sup>4</sup> Portugal, art. 18, C. civ. et art. 7, Constit. du 29 avril 1826.

<sup>5</sup> Pour renseignements complémentaires, V. Cogordan, *De la nationalité, au point de vue des rapports internationaux*; Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*.

vont entrer en lutte avec celles des pays qui revendiquent les enfants nés sur le territoire, même de parents étrangers. Ces enfants vont donc avoir deux patries et des difficultés ne manqueront pas de s'élever pour le règlement de la puissance paternelle, de la tutelle, etc... Un principe unique serait assurément des plus désirables à suivre à ces divers points de vue, mais, comme il y a lutte, on va voir chacune des législations rivales prétendre appliquer tour à tour ses règles propres.

Et puis la collision devient de nature plus grave encore quand il s'agit des obligations qu'impose le service militaire. Qu'arrivera-t-il, en effet, si une guerre éclate entre deux pays qui se disputent un même individu, lorsque celui-ci vient à être fait prisonnier? Il n'est évidemment pas besoin d'insister davantage.

D'autre part un conflit est susceptible de s'élever même entre lois qui partent d'un principe identique pour la détermination de la nationalité d'origine. Voici, par exemple, deux législations, celle de la France et celle du grand-duché de Luxembourg, qui admettent le principe de filiation, mais qui toutes deux, sauf une différence que j'ai signalée, revendiquent comme leurs nationaux les enfants nés sur le sol d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés. Supposons donc qu'un enfant naisse de parents français dans les conditions que je viens de dire sur le territoire du Grand-Duché, la loi française va le réclamer comme français puisqu'il est né à l'étranger de parents français, et voilà d'autre part que la loi du Luxembourg le veut au nombre de ses nationaux. Il va donc avoir deux nationalités.

26. — Comment serait-il possible d'écarter toutes ces difficultés?

Il serait désirable, dans le but d'établir une harmonie très-notable, de voir chaque État décider, dans sa législation, qu'il admet de la part d'une législation étrangère des prétentions analogues à celles qu'il élève. Ainsi, puisque l'on admet en France que les enfants nés sur le sol français de parents qui eux-mêmes y sont nés sont nationaux français, il serait logique, de la part de notre loi, d'admettre en retour l'application d'une règle analogue pour les enfants qui peuvent naître, dans des conditions semblables, de Français en pays étranger. Nombre de conflits se trouveraient

ainsi écartés. Cependant une règle ayant ce but, proposée lors de la discussion au Sénat, du projet de loi que nous avons analysé en partie, n'y a pas été acceptée <sup>1</sup>.

Les nations pourraient même entrer dans la voie d'un accord plus complet, et prenant toutes pour point de départ le principe du *jus sanguinis*, qui est beaucoup plus rationnel que celui du *jus soli*, pourraient y apporter plus ou moins de tempéraments tendant à faciliter à l'enfant l'acquisition de la nationalité du lieu de sa naissance, sans qu'il en résultât des collisions, si, conformément à ce que je viens de dire, l'idée de réciprocité était traduite en règle dans chaque législation.

27. — Mais ce ne sont là que des idées émises *a priori* et dont il est bien difficile de prédire l'acceptation même partielle pour les législations.

Dans l'état actuel des choses, étant donné que les collisions se produisent, et que chaque État est souverain et indépendant, le seul moyen d'apaisement serait de recourir aux conventions diplomatiques.

Je ne connais à l'heure actuelle aucun traité qui, intéressant la France, soit intervenu à ce point de vue. En 1879 elle fut sur le point d'en signer un avec la Belgique, mais les pourparlers, dont des événements récents justifieraient la reprise <sup>2</sup>, n'ont pas abouti.

F. SURVILLE.

#### DE L'EFFET DES JUGEMENTS PORTANT CONDAMNATION A DES DOMMAGES-INTÉRÊTS A FIXER PAR ÉTAT,

Par M. Albert TISSIER, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel.

Le Code de procédure civile, ne faisant en cela que reproduire les dispositions de l'ordonnance d'avril 1667, a autorisé les

<sup>1</sup> V. *Journal officiel* du 4 février 1887, Disparition du § final de l'art. 8 proposé par la commission.

<sup>2</sup> V. *Journal Dr. int. privé*, 1887, p. 303 et s. Les Chambres belges ont approuvé, au mois de mai 1888, le projet de convention de 1879 tendant à régler le conflit des lois belge et française relativement au service militaire, et il ne manque plus à la convention que l'approbation française pour devenir exécutoire. V. *Journ. Le Temps*, n° du 11 mai 1888 et *Journal Dr. int. privé*, 1888, p. 293.

juges saisis d'une demande en dommages-intérêts, dans le cas où ils ne peuvent les liquider dans le jugement même de condamnation, à ordonner qu'ils seront fixés au moyen d'un état fourni par le demandeur et soumis à une discussion contradictoire. L'art. 128, C. proc. civ., dispose en effet que « Tous jugements qui condamneront en des dommages-intérêts en contiendront la liquidation, ou ordonneront qu'ils seront fixés par état. » Et, plus loin, les art. 523 à 525 déterminent les règles à suivre pour arriver à cette liquidation : déclaration signifiée par le demandeur, offres faites par le défendeur, et jugement statuant sur le tout.

Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître les avantages de ce procédé qui paraît remonter très haut dans notre pratique judiciaire. Un tribunal est appelé à statuer sur une demande en dommages-intérêts ; la demande lui paraît justifiée dans son principe, mais les juges n'ont pas les éléments d'appréciation suffisants pour déterminer d'une façon exacte l'étendue du préjudice causé. Dans cette hypothèse, puisque la question du fond est instruite, élucidée, pourquoi ne pas la trancher définitivement et en débarrasser le débat ? Pourquoi ne pas déclarer la demande admise en principe, en ne laissant en litige que la seule fixation du montant de la réparation à accorder ? Le débat ultérieur se trouve ainsi réduit à la simple détermination du dommage subi, et le demandeur va pouvoir puiser, dans cette condamnation, le droit d'inscrire sur les biens de son débiteur une hypothèque judiciaire en garantie de la créance qui lui est reconnue et dont il reste seulement à fixer le *quantum*.

Sur cette raison d'être des dommages-intérêts à fixer par état, tout le monde, nous le répétons, paraît d'accord, et il semblerait qu'aucune difficulté ne dût s'élever en cette matière.

Pendant, la question s'est récemment posée de savoir, d'une façon précise, quels sont, au point de vue de la chose jugée, le caractère et l'effet d'un jugement qui contient une condamnation de ce genre.

Le juge est-il tenu de prononcer toujours, à la suite de la procédure de liquidation, une condamnation à des dommages-intérêts, même s'il lui paraît alors démontré qu'il n'y a eu aucun préjudice souffert ? En d'autres termes, le jugement par lui rendu a-t-il

un caractère définitif, tel que, sans violer la chose jugée, il ne puisse plus déclarer ultérieurement qu'il n'y a pas eu de dommage, et qu'il n'y a pas lieu à réparation? ou bien, au contraire, même après avoir condamné à des dommages-intérêts à fixer par état, le juge est-il libre de ne prononcer aucune condamnation, en disant que le préjudice allégué ne lui paraît pas établi? Sa première condamnation n'a-t-elle, en un mot, qu'un caractère conditionnel?

Il est clair que cela revient à se demander ce qui est réellement contenu dans la première décision. Lorsqu'on dit que, par elle, le principe de la demande a été admis, cela veut-il dire que l'infraction alléguée, la faute ou le délit, a été seule établie, la question de savoir s'il y a un préjudice restant entière? Veut-on dire, au contraire, que non seulement le fait de l'infraction, mais encore le fait du préjudice éprouvé, sont également constants, le *quantum* de ce préjudice restant seul incertain? Pour préciser mieux encore notre pensée, étant donné que la responsabilité du défendeur suppose essentiellement une infraction commise par lui et un préjudice en résultant pour le demandeur, la condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état implique-t-elle qu'un seul de ces éléments est établi, ou bien n'a-t-elle pas pour effet de déclarer encourue définitivement une responsabilité dont il ne reste plus qu'à fixer l'étendue exacte?

Dans un arrêt du 17 novembre 1886, la Cour de Paris a jugé que la condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état a un caractère essentiellement conditionnel, et qu'elle est subordonnée à la preuve d'un préjudice : cette preuve venant à faire défaut, elle peut être suivie d'un jugement renvoyant le demandeur des fins du procès <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il est peut être intéressant de rapporter ici dans quelles circonstances cet arrêt a été rendu.

Un négociant, M. C..., prétendait que la Compagnie des chemins de fer de l'Ouest avait consenti à un autre négociant de la même contrée, M. R..., des avantages qui lui avaient rendu la concurrence impossible. Il alléguait qu'en commettant ainsi une infraction aux clauses de ses tarifs, la Compagnie lui avait causé un préjudice dont elle lui devait réparation.

Un premier arrêt de la Cour de Paris, du 16 déc. 1886, décida que la détaxe consentie au profit de R... lui constituait une situation privilégiée;

Cette décision, qui touche à une question pratique d'une réelle importance et d'une quotidienne application, nous paraît méconnaître le véritable caractère des jugements de ce genre, tel qu'il résulte pour nous de principes généraux difficilement contestables, tel au surplus qu'il est attesté par les textes précis de la matière et par les plus anciennes traditions. Nous sommes fermement convaincu qu'une condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état est une condamnation définitive et irrévocable, que ces mots à *fixer par état* ne veulent pas dire : *à la condition que par l'état qui sera fourni il soit démontré qu'il en est dû*, mais seulement : *dont le montant sera déterminé au moyen de l'état fourni par le demandeur*. En d'autres termes, une condamnation de ce genre constitue la chose jugée aussi bien sur le préjudice allégué que sur l'infraction prétendue. Il ne reste plus

que C... n'avait pas été à même de profiter des mêmes avantages; qu'il s'était trouvé par suite dans des conditions de concurrence préjudiciables; mais que les documents présentés ne permettaient pas à la Cour d'apprécier en connaissance de cause l'importance du préjudice par lui éprouvé; qu'il y avait lieu dès lors d'ordonner qu'il serait établi et fixé par état. » Par suite, cet arrêt condamna la Compagnie de l'Ouest à payer à C... des dommages-intérêts à fixer par état et la condamna aux dépens.

La procédure de liquidation s'étant suivie, la Cour de Paris a repoussé la demande de C... par un deuxième arrêt du 17 novembre 1886. Nous en détachons les principaux motifs :

« Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que C... n'a pas justifié que la situation préjudiciable dans laquelle il est reconnu avoir été placé a effectivement et réellement préjudicié à ses intérêts; qu'il y a lieu de le débouter de sa demande; que vainement il est soutenu que la condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état fait obstacle au rejet de cette demande; que cette condamnation ne fait que reconnaître le principe d'un préjudice dont la réparation ne devait être définitivement et ultérieurement accordée à l'appelant qu'autant que celui-ci établirait ce préjudice; que ladite condamnation était donc essentiellement conditionnelle et subordonnée à une justification mise à la charge du demandeur....; d'où il résulte que la condition à laquelle ladite condamnation à des dommages-intérêts a été subordonnée ne s'étant pas réalisée, il y a lieu de ne pas s'arrêter à la prétendue fin de non-recevoir tirée de la chose jugée invoquée par l'appelant, et à laquelle d'ailleurs il serait facile d'échapper en allouant une somme quelconque de dommages-intérêts qui ne serait aucunement justifiée et qui ne satisferait ni la raison ni la conscience du juge. »

— (V. *La Loi et la Gaz. des trib.*, n° du 1<sup>er</sup> déc. 1886).



à opérer qu'une liquidation, c'est-à-dire une simple taxe de ces dommages-intérêts dont le principe est reconnu et qui ne peuvent plus être refusés.

## I.

C'est bien d'abord avec ce caractère que l'institution dont nous nous occupons a pris place dans notre ancienne pratique judiciaire, et il est peut-être intéressant, à ce propos, d'en rechercher les origines.

Les Romains ne paraissent pas avoir connu cette liquidation séparée des dommages-intérêts intervenant après un jugement sur le fond du débat. Il semble que la sentence qui admettait la responsabilité du défendeur devait en même temps fixer le montant de la réparation due, soit, en général, d'après l'appréciation du juge, soit, dans certains cas, d'après le serment prêté par le demandeur<sup>1</sup>.

C'est devant nos anciens Parlements que l'usage s'introduisit de liquider après coup les dommages-intérêts : il est même assez vraisemblable que son établissement fut dû moins au désir de multiplier les garanties d'une bonne justice, qu'à celui de donner naissance à la perception de droits plus nombreux et plus élevés. A l'origine, en effet, la règle eut un caractère général, impératif : ni les plaideurs ni les juges ne pouvaient s'en départir. Alors même que ces derniers auraient eu des éléments suffisants d'appréciation, il ne leur aurait pas été permis de fixer les dommages-intérêts dans le jugement même de condamnation.

Les ordonnances de 1539 et 1579 vinrent d'abord réagir contre cet abus en ce qui concerne les dommages-intérêts dûs à *raison de l'instance*, c'est-à-dire par suite du préjudice résultant du seul fait du procès<sup>2</sup>. Mais la règle persista pour les dommages-intérêts *formant l'objet de l'instance*; ceux-ci durent toujours, au dire de nos anciens auteurs, faire nécessairement l'objet d'une liquidation séparée : « Le juge ne peut sûrement, par la sentence, en faire taxe sans ouïr les parties; consistant en fait inconnu et requérant connaissance de cause, le juge fera faute de son office, si, de lui-même, il en fait taxe par son juge-

<sup>1</sup> V. Bonjean, *Traité des actions*, t. 1, p. 513.

<sup>2</sup> Ord. d'août 1539, art. 89; ord. de 1579, tit. XIX.

ment <sup>1</sup>. » Et même, nous rapporte le commentateur de l'ordonnance de 1579, « il y a plusieurs arrêts, dont un du Parlement de Paris du 21 août 1557, infirmant la sentence du juge qui avait par icelle taxé et liquidé les dommages-intérêts; et Papon en rapporte un autre du Parlement de Dijon du 12 août 1555 <sup>2</sup>. »

Plus tard on finit par dispenser les plaideurs de cette procédure spéciale dans les procès de peu d'importance <sup>3</sup>, et l'ordonnance de 1667 vint lui attribuer définitivement le caractère facultatif qu'elle a aujourd'hui.

Mais si les règles sur l'emploi facultatif ou obligatoire de cette procédure ont varié, il est facile, pendant toutes les phases que nous avons signalées, de retrouver chez nos anciens auteurs la même opinion sur l'effet des jugements de condamnation à des dommages-intérêts dont la liquidation était réservée. Cette procédure apparaît partout avec le caractère d'une simple procédure de taxe, analogue à celle des dépens, n'étant, comme elle, qu'une suite et une exécution du jugement de condamnation. Le débiteur condamné ne pouvait soutenir qu'il n'y avait pas de préjudice, et qu'il ne devait rien; il n'avait que la seule ressource de faire diminuer les dommages-intérêts demandés. « Celui qui les veut faire taxer doit les bailler par déclaration, contre lesquelles le défendeur *baille diminution* », disait-on avant l'ordonnance de 1667 <sup>4</sup>. De même, d'après cette ordonnance, le défendeur condamné doit signifier des offres; et c'est seulement au cas où, par événement, les dommages-intérêts alloués n'excèdent pas la somme offerte, que le demandeur peut être condamné aux dépens à partir du jour des offres <sup>5</sup>. Tous nos anciens auteurs sont unanimes sur ce point: « La déclaration de dommages-intérêts est l'état qu'une partie fait signifier à l'autre des dommages-intérêts *qui lui ont été adjugés*, lorsqu'ils n'ont pas été liquidés par le jugement même *qui les a adjugés* <sup>6</sup>. »

<sup>1</sup> Papon, *Arrêts*, p. 1012.

<sup>2</sup> Code du roi Henri III, p. 153.

<sup>3</sup> Imbert, *Pratique civile et criminelle*, p. 334 et suiv.

<sup>4</sup> Imbert, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Ord. d'avril 1667, tit. XXXII.

<sup>6</sup> Denizart, v<sup>o</sup> *Déclar. de dom. int.* — V. encore en ce sens: Boutaric,

## II.

Les textes du Code de procédure civile ne sont pas moins clairs et nous paraissent formellement contraires à la thèse de la Cour de Paris.

L'art. 128 commence par mettre sur le même rang tous les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts : « Tous jugements qui condamneront en des dommages-intérêts en contiendront la liquidation ou ordonneront qu'ils seront donnés par état. » Cela veut dire, à notre avis, qu'il ne peut y avoir ici de différence entre les jugements que quant au mode de liquidation; la loi en indique deux : liquidation par le même jugement, liquidation postérieure. Suivant nous, dans le second cas comme dans le premier, il y a chose jugée sur le point de savoir si des dommages-intérêts sont dus.

Les textes qui réglementent cette liquidation séparée font, au surplus, ressortir nettement le caractère définitif du jugement de condamnation. La procédure est simple. Le demandeur doit commencer, comme sous l'ordonnance de 1667, par signifier la déclaration des dommages-intérêts qu'il entend réclamer, avec pièces justificatives à l'appui<sup>1</sup>. Cette déclaration faite, que peut répondre le défendeur? La loi l'autorise-t-elle à signifier des conclusions soutenant qu'il ne doit rien? Non; il doit nécessairement offrir quelque chose<sup>2</sup>; et le mieux qui puisse lui arriver est que, si ses offres sont jugées suffisantes, le demandeur sera condamné aux dépens depuis le jour des offres (art. 525). Voilà qui est clair et qui prouve bien que la condamnation prononcée n'est pas conditionnelle, mais qu'il y a chose jugée sur le fond.

Tout le débat, d'après les textes, se trouve restreint entre la

*Ordon. de Louis XIV*, p. 341; Sallé, *Esprit des ordon.*, t. I, p. 501; Rodier, *Questions sur les ordon. de Louis XIV*, p. 493; Pothier, *Chose jugée*, n° 18 et suiv. — L'analogie entre la liquidation des dommages-intérêts et la taxe des dépens était telle que Louet rapporte un arrêt du Parlement de Tournai du 21 décembre 1696 aux termes duquel le demandeur peut comprendre les dommages-intérêts et les dépens dans le même état pour les faire taxer et liquider ensemble (Louet, lettre D, sect. 1, n. 10).

<sup>1</sup> Art. 523.

<sup>2</sup> Art. 524 : « Le défendeur sera tenu de faire ses offres au demandeur de la somme qu'il avisera pour les dommages-intérêts. »

réclamation du demandeur et l'offre du défendeur. C'est sur une question de chiffre que la discussion peut seulement porter; elle se produit absolument semblable à celle qui a lieu devant un jury d'expropriation chargé de fixer l'indemnité sans pouvoir dépasser la réclamation de l'exproprié, sans pouvoir descendre au dessous des offres de l'expropriant<sup>1</sup>.

Cette liquidation séparée des dommages-intérêts peut aussi d'ailleurs, aujourd'hui comme dans l'ancien droit, être comparée à celle des dépens que le juge doit réserver, dans les affaires ordinaires. La loi se sert, dans les deux cas, du terme *liquidation*; les deux procédures se trouvent réunies dans le même livre II intitulé : « *De l'exécution des jugements.* » Il y a seulement cette différence que la liquidation des dépens se fait devant un juge, sans débat contradictoire, et sauf opposition<sup>2</sup>, tandis que celle des dommages-intérêts se fait devant le tribunal.

### III.

Enfin les principes généraux sur la chose jugée, indépendamment des textes et de la tradition historique, nous conduisent à la même solution.

Notre argumentation est simple : le jugement qui condamne à des dommages-intérêts à fixer par état constitue, quant à cette condamnation, la chose jugée. Le juge est tenu de respecter la décision rendue : il est acquis au procès qu'il est dû des dommages-intérêts; ils pourront être insignifiants; ils ne pourront pas ne pas exister.

A ce raisonnement, l'arrêt que nous avons cité répond que précisément il n'y a pas chose jugée parce que le jugement qui condamne à des dommages-intérêts à fixer par état a un caractère conditionnel, qu'il dépend de la justification du préjudice allégué par le demandeur.

Mais c'est là une théorie qui nous paraît inexacte. Il nous semble au contraire qu'en principe, et d'une façon générale, une condamnation intervenant sur le fond d'un procès ne peut être conditionnelle; elle ne peut avoir ce caractère d'être subordonnée

<sup>1</sup> L. du 3 mai 1841, art. 40.

<sup>2</sup> Tarif du 16 fév. 1807, art. 2.

à la preuve d'un des faits allégués par le demandeur, si bien que la partie condamnée puisse se trouver plus tard définitivement gagner le procès, celui qui a obtenu la condamnation étant au contraire débouté de sa demande. Nous pensons que, quand il a prononcé une condamnation sur le fond d'un procès, un tribunal a statué nécessairement d'une façon définitive et qu'il ne peut attribuer à sa décision un autre caractère. Les Romains disaient que le juge doit *certam facere condemnationem*<sup>1</sup>. C'est une règle qui est toujours vraie et qui doit toujours être observée. Dans notre droit comme dans le droit romain, le juge doit prononcer d'une façon irrévocable et non hypothétique; il ne peut condamner sous la condition qu'un des faits allégués sera plus tard établi<sup>2</sup>.

Tel est, suivant nous, le principe. Dans l'hypothèse qui nous occupe, il est clair que l'existence d'un préjudice souffert est un des éléments essentiels de la demande en dommages-intérêts, puisque, sans préjudice, il n'y a pas de responsabilité encourue. En condamnant sous la condition que le préjudice serait prouvé, en statuant de cette manière hypothétique admise par la Cour de Paris, le juge ne ferait en somme que condamner sous la condition que la demande serait complètement établie; il reculerait le débat sans le terminer, sans ordonner d'ailleurs de mesure spéciale d'instruction ayant pour but d'en hâter la solution. Il n'y a pas dans notre droit de décisions pouvant avoir ce caractère. Les jugements qui prononcent sur le fond sont ou des jugements d'avant faire droit qui ne contiennent pas de condamnation, ou des jugements définitifs, mettant irrévocablement fin au procès. Il n'y a pas de condamnations conditionnelles dans le sens indiqué par la Cour de Paris. Le jugement qui condamne à des dommages-intérêts à fixer par état n'est pas un jugement d'avant dire droit; il n'ordonne pas une mesure d'instruction; il prononce une condamnation. Ce ne peut être qu'un jugement définitif<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L. 59, § 2, D., *De re judicata*.

<sup>2</sup> V. Larombière, *Obligations*, sur l'art. 1351, n° 19 et suiv.

<sup>3</sup> En disant que notre droit n'admet pas de jugements conditionnels, nous n'oublions pas que la jurisprudence reconnaît aux tribunaux le droit de prononcer par avance une condamnation à des dommages-intérêts pour

Dès lors le principe de l'autorité de la chose jugée se retrouve entier : il a été jugé qu'un préjudice avait été causé ; il ne reste plus qu'à liquider la réparation due.

Il est facile de trouver dans la jurisprudence quelques applications des idées que nous venons de présenter. Dans une espèce bien voisine de la nôtre, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 9 avril 1833 <sup>1</sup>, que, lorsque le juge a ordonné une expertise pour fixer le montant de dommages-intérêts qu'il a déclarés dus au demandeur, il doit, alors même que l'expertise conclut à l'absence de préjudice, et par respect pour sa première sentence, prononcer une condamnation.

Sans doute elle a jugé, dans un arrêt plus récent du 7 août 1877 <sup>2</sup>, que les tribunaux, après avoir condamné à des dommages-intérêts à fixer par état, conservent le droit d'apprécier non seulement la quotité de ces dommages-intérêts, mais même les causes d'où ils proviennent ; ils peuvent, en d'autres termes, réserver les bases d'appréciations, les éléments de calcul. Mais, en décidant ainsi, n'indique-t-elle pas implicitement que là se borne la faculté réservée par le juge ? Il peut fixer la réparation comme il le croit convenable, il ne peut refuser d'en accorder une.

le cas où l'obligation imposée à la partie qui a succombé ne serait pas exécutée. On peut dire que cette condamnation à des dommages-intérêts est conditionnelle, en ce sens qu'elle est subordonnée à la condition que la prestation qui incombe à la partie condamnée ne sera pas fournie en nature. Mais il est clair que, dans cette hypothèse, ce n'est pas en réalité le fait même de la condamnation qui est conditionnel, mais seulement le mode d'exécution de cette condamnation. Il y a une partie qui a définitivement triomphé, une autre qui a définitivement succombé ; la condamnation mise à la charge de cette dernière l'est irrévocablement : il n'y a plus à plaider. Il n'y a pas là de condamnation conditionnelle dans le sens admis par la Cour de Paris. Dans son système, en effet, il s'agit d'une décision qui serait conditionnelle en ce sens qu'elle ne trancherait pas encore le procès, tout en prononçant sur le fond une condamnation ; la condition sous laquelle les dommages-intérêts seraient dus ne serait pas l'inexécution d'une obligation mise à la charge de la partie condamnée, mais la justification même de la demande, la preuve complète des faits allégués par le demandeur ; il n'y aurait pas encore, même après la condamnation, de partie gagnante et de partie perdante au procès.

<sup>1</sup> S. 33. 1. 648, P. chr., D. P. 33. 1. 199.

<sup>2</sup> S. 78. 1. 223 ; P. 78. 547.

Enfin, nous trouvons dans un autre arrêt du 5 août 1868 <sup>1</sup>, une solution générale qui synthétise nettement les règles que nous avons développées : « Lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée, dit la Cour de cassation, a reconnu et constaté le principe légal qui régit la situation respective des parties, et qu'il ne reste plus qu'à faire l'application de ce principe au moyen d'un mode d'exécution, le juge qui, par un deuxième jugement, décide que le demandeur est mal fondé à réclamer cette application, viole l'autorité de la chose jugée. »

#### IV.

Ce n'est pas sérieusement que la Cour de Paris ajoute, dans son arrêt du 17 novembre 1886, qu'il serait facile, par une condamnation insignifiante, d'échapper à l'exception de chose jugée. La question n'est pas là. Il est certain que le juge peut allouer une réparation minime. Mais cette réparation, si minime qu'on le voudra, il doit l'accorder pour ne pas enfreindre l'autorité de son premier jugement. Les cas ne sont pas rares où les tribunaux, enchaînés par un texte de loi ou par une précédente décision, en sont réduits à ne pouvoir que modérer le chiffre de la condamnation.

Au surplus, si l'on veut se placer sur le terrain pratique, l'effet définitif des condamnations à des dommages-intérêts à fixer par état nous paraît seul compatible avec le rôle qu'on leur assigne dans notre procédure. Le caractère conditionnel dont on veut les revêtir n'aboutirait à rien de moins qu'à leur enlever presque toute utilité, le débat subsistant encore sur le principe même du préjudice, le demandeur n'étant par suite pas certain de sortir victorieux de la lutte, et courant le risque de dépenser, en pure perte, des frais considérables dans la procédure de liquidation. Dans notre théorie, au contraire, ces jugements ont leur place logique. Il peut se faire, en effet, que, saisi d'une demande en dommages-intérêts, le tribunal soit complètement édifié par les premiers débats et rende un jugement qui, en même temps qu'il admet la responsabilité, détermine le montant de la réparation. Il est possible, à l'inverse, que la demande ne lui paraisse pas suffisam-

<sup>1</sup> S. 69. 1, 68; P. 69. 145.

ment établie, soit quant à l'infraction, soit quant au préjudice allégué : alors, suivant les cas, il renvoie le demandeur, ou ordonne une mesure d'instruction. Enfin, entre ces deux hypothèses, il en est une troisième : la demande est établie, c'est-à-dire que la faute est démontrée, et que de plus un certain préjudice est prouvé; mais le *quantum* de ce préjudice reste à fixer. C'est alors que trouve sa place la condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état. Il est certain qu'il est dû des dommages-intérêts : il ne reste plus qu'à en déterminer le chiffre. La condamnation, pour n'être pas liquide, n'en est pas moins définitive <sup>1</sup>. « Ordonner que les dommages-intérêts seront fixés par état, cela veut dire en poser dès maintenant le principe, sauf à en régler plus tard la quotité suivant les formes prescrites par la loi. L'avantage de ce procédé est d'éviter qu'on établisse à grands frais la quotité de dommages-intérêts dont le principe n'est pas encore et ne sera peut-être jamais admis. On plaide d'abord sur le seul point de savoir s'il y a lieu d'en accorder. Tout est dit, s'ils sont refusés; dans le cas contraire, on les liquide conformément à la loi <sup>2</sup>. »

ALBERT TISSIER.

## DES RÉPARATIONS AUX VICTIMES D'ERREURS JUDICIAIRES,

Par M. R. NICOLAS, ancien magistrat.

Au programme du Congrès des Sociétés savantes de 1888 figurait une question dont nos Chambres législatives sont également saisies, la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu d'assurer, en France, ainsi qu'on l'a fait dans divers pays étrangers <sup>3</sup>, une

<sup>1</sup> « Il ne faut pas confondre la certitude de l'objet sur lequel porte la condamnation avec sa liquidité. Pour ne pas être liquide, la condamnation peut ne pas en être moins certaine. Il suffit qu'elle soit susceptible d'une liquidation ultérieure. Tel est le jugement qui, sans en contenir la liquidation, condamne à des restitutions ou des dommages-intérêts qui doivent être plus tard liquidés. » (Larombière, *op. cit.*, sur l'art 1351, n. 19).

<sup>2</sup> M. Garsonnet, *Traité de procédure civile*. — V. encore Boitard, *Leçons sur la procédure*, t. 1, n° 273; Bioche, *Dict. de procédure*, v° *Dom. int.*; Bonfils, *Cours de procédure*, n° 862; Mourlon et Naquet, *Répétitions écrites sur la procédure*, p. 422; Carré et Chauveau, *Procédure civile*, t. 1, p. 640 et t. IV, p. 436.

<sup>3</sup> Au nombre des pays étrangers qui ont, dans une mesure plus ou moins



réparation aux personnes poursuivies ou condamnées à tort, en matière criminelle, correctionnelle ou de police.

La question est loin d'être nouvelle. Nettement posée en France dès le siècle dernier <sup>1</sup>, elle n'a pas cessé d'attirer l'attention des esprits les plus distingués et les plus compétents <sup>2</sup>. En présence de l'appel nouveau fait au pouvoir législatif et de la consultation demandée au monde savant, il nous a semblé qu'un résumé rapide des principaux termes du débat pourrait n'être pas sans intérêt.

1. — Un crime est commis; un homme est soupçonné, inculpé, détenu préventivement; puis son innocence est reconnue, soit au cours de la période d'instruction, soit devant la juridiction de jugement, soit même après une condamnation en dernier ressort. Est-il équitable, est-il désirable que la société répare, dans la mesure du possible, le dommage matériel ou moral que l'erreur de ses mandataires a pu causer à cet homme?

« Une erreur de justice », a dit Bentham, « est déjà par elle-même un sujet de deuil; mais que cette erreur, une fois reconnue, ne soit pas réparée par des dédommagements proportionnels, c'est un renversement de l'ordre social. »

Sur le terrain de l'équité et de l'humanité, tout le monde est d'accord; et ceux qui pensent qu'il n'y a cependant rien à tenter dans cette voie n'y sont déterminés que par la considération des

large, adopté le principe des réparations, sont : le Mexique, le Portugal, les cantons suisses de Genève, Berne, Fribourg, Neuchâtel, Vaud, Argovie, la Bavière, la Suède. La loi suédoise, du 12 mars 1886, est une des plus intéressantes.

<sup>1</sup> Concours ouvert par la Société des arts et belles-lettres de Châlons-sur-Marne, 1781. Déclaration du roi Louis XVI, relative à l'ordonnance criminelle de 1788. Cahiers des États Généraux de 1789. Projet de Code d'instruction criminelle de Duport, 1790.

<sup>2</sup> Après les grands noms de Bentham, Merlin, Legerverend, Faustin Hélie, Dupin, Jules Favre, Emile Ollivier, il convient de rappeler les remarquables études de M. Bonneville de Marsangy (*De l'amélioration de la loi criminelle*) et deux très intéressants discours de rentrée de M. Gonod d'Artemare (Cour d'Orléans, 1883) et M. Oudin (Cour de Rennes, 1884). — V. aussi : Paul Coulet, *Amendement dans le but d'accorder des réparations civiles et morales en cas d'ordonnance de non-lieu et d'acquiescement*. Emile Worms, *De l'État au regard des erreurs judiciaires*.

inconvenients qui, à leur avis, résulteraient de l'application des modes de réparation proposés.

Nous dirons d'abord à quel titre, dans quelles limites et sous quelles conditions la réparation nous semble légitime<sup>1</sup>; nous examinerons ensuite si, dans ces conditions et limites, la réparation présenterait effectivement les inconvenients que l'on redoute, si ces inconvenients seraient assez graves pour imposer silence au sentiment unanime de justice et d'humanité.

2. — Et d'abord, à quel titre la société peut-elle être tenue à réparation envers les victimes de ses erreurs? Sur quelle base philosophique le principe peut-il être édifié? Ce n'est point là une recherche purement spéculative; c'est, au contraire, une question capitale, de la solution de laquelle découleront plusieurs règles d'application.

C'est dans le droit positif écrit pour les particuliers qu'on a le plus souvent cherché un fondement pour l'obligation de la société. Toute personne qui nuit à autrui est tenue de réparer le dommage qu'elle a causé (art. 1382, Code civil); tout accusateur qui succombe peut être condamné à des dommages-intérêts envers celui qu'il a injustement accusé (art. 358, C. instr. crim.): la société, a-t-on dit, ne saurait échapper seule à ces lois de raison et d'équité. — Nous tenons cette justification pour inexacte et insuffisante. L'individu n'est obligé, par application de l'article 1382, que quand il a commis une faute, quand il a violé l'un des devoirs de l'homme en société; une simple erreur, n'excédant pas les limites de la faillibilité humaine, n'engage point sa responsabilité. Or, dans presque tous les cas où les représentants du pouvoir judiciaire ont poursuivi ou condamné à tort, on ne pourrait relever contre eux aucune faute, leur erreur n'ayant d'autre cause que l'imperfection des moyens humains; à la différence de l'accusateur privé, qui n'est jamais tenu d'accuser et qui est en faute s'il le fait à la légère, le magistrat a le devoir d'agir, d'agir avec la plus grande célérité et, le plus souvent,

<sup>1</sup> Nous n'entendons parler ici que de réparation proprement dite; nous laissons de côté une question voisine, mais différente, celle de l'assistance, des secours à donner aux indigents qui, après une détention, se trouvent sans moyens d'existence ou sans ressources pour regagner leur domicile.

pour prévenir la fuite des coupables et la disparition des preuves, d'arrêter des inculpés contre lesquels il n'a encore que des indices (V. art. 40, C. instr. crim.) : s'il se trompe en pareil cas, on ne peut le lui imputer à faute, au sens de l'art. 1382. Le principe de la responsabilité privée serait insuffisant à justifier la responsabilité sociale dans la plupart des cas où la conscience réclame une réparation.

Abandonnant ce terrain du droit privé, on a fait appel à l'idée d'un contrat intervenu entre la société et chacun de ses membres pour la protection de ceux-ci, contrat dont la violation par le pouvoir social engagerait sa responsabilité envers l'individu lésé. — Cette idée n'est pas plus satisfaisante que la précédente. Dût-on admettre la fiction d'un contrat social, il resterait encore certain que la société n'a pu ni promettre l'infailibilité de ses mandataires, ni contracter l'engagement de n'inculper qu'à coup sûr, de n'arrêter préventivement qu'après preuve acquise de la culpabilité : partant, l'inculpation ou l'arrestation d'un innocent ne constituerait pas une violation du prétendu contrat.

Enfin, on a soutenu que la société, tenue d'indemniser l'individu des sacrifices qu'elle lui impose dans l'intérêt général, comme, par exemple, lorsqu'elle exproprie pour cause d'utilité publique, est, à ce titre, obligée de dédommager celui qu'elle a, dans l'exercice du pouvoir répressif, privé de sa liberté. — L'assimilation n'a rien pour nous convaincre. La société n'achète point la liberté de l'inculpé comme l'immeuble qu'elle exproprie, et nous ne pouvons considérer comme le prix de sa liberté l'indemnité à allouer à l'innocent. Assigner à l'indemnité ce caractère, ce serait d'ailleurs se condamner, logiquement, à payer du même prix toute privation de liberté à titre préventif, aussi bien au cas de condamnation ultérieure qu'au cas d'acquiescement ou d'ordonnance de non-lieu.

A notre avis, ce n'est pas en envisageant la réparation comme une dette, au sens strict du mot, qu'on la peut justifier de façon satisfaisante, et c'est dans un autre ordre d'idées qu'il est possible de trouver, pour ce principe, une base à la fois exacte et suffisante. La société a incontestablement, vis-à-vis de ses membres, des obligations morales auxquelles ne correspond pas une

créance précise de l'individu, des devoirs, *lato sensu*, dérivant<sup>t</sup> de sa mission naturelle : tels sont ses devoirs de police, de protection, d'assistance ; tel, le devoir d'assurer à chacun bonne et égale justice. C'est ce devoir de justice, devoir moral plus large que l'obligation réglementée par l'art. 1382, qui l'oblige, si une injustice a été commise, à la réparer, à en effacer autant que possible les conséquences, et cela sans qu'il y ait à rechercher s'il y a eu faute ou erreur excusable de ses mandataires, l'injustice étant la même dans tous les cas pour l'individu qui en a souffert.

3. — Quelle doit être la réparation ? Dans quelles limites et sous quelles conditions est-elle légitime ?

La réparation peut être pécuniaire ou morale. La réparation pécuniaire devrait être réservée comme dédommagement pour le cas de préjudice matériel caractérisé. Au préjudice moral, résultant de l'atteinte portée à la considération, suffirait une réparation morale, consistant en une déclaration publique d'innocence.

Nous avons reconnu que le devoir de réparation a pour base, non une faute, mais l'erreur commise, l'injustice réalisée. Nous en déduisons plusieurs conséquences :

a) La réparation peut être allouée en dehors de toute faute, de toute négligence imputable aux magistrats. Et il est à remarquer qu'on évite ainsi des recherches et discussions de nature à porter une fâcheuse atteinte au prestige du corps judiciaire et dont la crainte pourrait, dans quelque mesure, paralyser l'action répressive.

b) Il n'y a lieu à réparation que quand l'innocence est prouvée : l'erreur judiciaire étant la cause justificative de la réparation, la preuve de cette erreur en doit être la condition. Comment obliger le juge qui ne relaxe que parce qu'il conserve un doute sur la culpabilité à proclamer une innocence à laquelle il ne croit point ! Comment réclamerait-on, au nom de l'équité, une indemnité pour l'inculpé qui ne bénéficie que du doute, pour l'auteur d'un crime avoué qui ne doit son acquittement qu'à la faiblesse ou à la considération d'un jury !

(c) Même dans le cas où il se trouve établi qu'il n'y avait pas lieu à poursuite, la réparation devrait être refusée à l'individu qui a par sa faute provoqué les soupçons et motivé la poursuite, à celui, par exemple, qui s'est faussement dénoncé ou fait arrêter

lui-même, ou à celui que le juge n'absout que parce qu'un texte n'a pas exactement prévu les actes immoraux établis à sa charge : ceux-là seraient mal venus à invoquer l'équité qui est la raison déterminante de la réparation.

(d) Dans le cas de décès ou de disparition de l'innocent, il convient également de proclamer et publier son innocence, de décharger sa mémoire » (art. 446, Code instr. crim.) et de dédommager sa famille, s'il y a lieu, du dommage matériel qu'elle a pu souffrir.

4. — La réparation, dans ces limites et conditions, présente-t-elle les inconvénients que certains esprits redoutent ?

Vous allez, nous dit-on, créer deux sortes d'acquittements et d'ordonnances de non-lieu, entamer la présomption de non-culpabilité dont doit légalement bénéficier tout prévenu acquitté, aggraver la situation du prévenu innocent qui n'aura pu fournir la preuve complète de son innocence ! — C'est l'objection principale, et elle n'est pas sans une part de vérité. Nous ne la regardons pas cependant comme déterminante, comme assez grave pour l'emporter sur la considération de haute équité qui milite en faveur de la réparation. En fait, la différence existe déjà, toutes les décisions portant acquittement (sauf en Cour d'assises) constatent, dans leurs motifs, ou l'innocence du prévenu, ou l'insuffisance des preuves de sa culpabilité, ou la raison de droit qui empêche de réprimer le fait blâmable par lui commis (en cela, le juge ne fait, en définitive, qu'obéir à la prescription légale qui lui enjoint de motiver ses décisions, c'est-à-dire d'en faire connaître les causes déterminantes) ; et toute l'innovation consisterait à poser en règle le devoir d'écrire expressément dans le dispositif la déclaration d'innocence qui se trouve toujours dans les considérants. En théorie et en raison, l'axiome d'après lequel tous les acquittés devraient bénéficier d'une égale présomption de non-culpabilité ne nous apparaît pas avec le caractère d'une vérité nécessaire, illimitée, que rien ne doive faire fléchir ; et nous hésitons à croire que l'ordre social exige impérieusement qu'il n'y ait aucune différence entre les acquittements et que, pour éviter de jeter indirectement quelque défaveur sur l'inculpé qui n'échappe à la répression que grâce à un doute de fait ou à une lacune des textes, le juge, mentant à sa conscience et refoulant les plus

nobles aspirations de son cœur, s'applique à dissimuler, dans les termes vagues d'une formule invariable, l'innocence qu'il a reconnue. Les choses humaines, les organisations sociales comportent toujours un mélange de bien et de mal, et il faut se contenter d'accroître autant que possible la somme du bien, de réduire le mal à une proportion de plus en plus exigüe : l'innocent qui n'a pu se justifier pleinement est certainement à plaindre, surtout si, comme on peut l'admettre, sa situation se trouve, dans quelque mesure, aggravée par la privation d'une réparation accordée à d'autres ; mais celui dont l'innocence est certaine, éclatante, ne serait-il pas plus à plaindre encore si l'on devait sacrifier son intérêt indiscutable à celui de l'inculpé dont l'innocence est en définitive restée douteuse, et cela dans le seul but d'établir légalement entre eux une égalité de situation contredite par la réalité du fait ? Si l'imperfection humaine fait que justice ne puisse être rendue à tous ceux qui la peuvent mériter, est-ce une raison suffisante pour la dénier à ceux qui ont fait preuve des titres les plus légitimes ?

On objecte encore la charge nouvelle que la réforme imposerait au budget. — Nous répondons : d'une part, que, dans notre système, cette charge ne serait pas bien lourde, la preuve d'entière innocence se produisant assez rarement après une information régulière et une détention de nature à justifier une indemnité ; d'autre part, que l'intérêt du Trésor public est secondaire, comparé à l'intérêt de haute justice qui appelle la réparation.

Enfin, dans le système qui propose d'allouer des indemnités indistinctement à tous inculpés renvoyés de poursuites, innocents ou non, l'action publique pourrait être paralysée par la crainte de grever le budget d'une trop lourde charge. Dans le système qui ne reconnaît de dette de réparation qu'en cas de faute des magistrats, la crainte de voir discuter chacun de leurs actes pourrait encore gêner et retarder l'action de ces derniers. — Dans les limites que nous avons assignées au principe de la réparation, il n'y a place ni pour l'une ni pour l'autre de ces craintes.

5. — Le mode d'application des réparations est principalement un sujet de réglementation pratique. Nous nous bornerons à quelques indications.

a) La réparation morale consisterait, nous l'avons dit, en une déclaration d'innocence.

L'autorité compétente serait nécessairement la juridiction appelée à statuer sur l'inculpation (la Cour de cassation, dans les cas prévus aux art. 446 et 447, C. instr. crim.). Point de difficulté pour les juridictions de simple police correctionnelle. Pour la juridiction d'instruction, nous hésiterions à laisser à un magistrat unique la responsabilité d'une décision définitive ; nous préférons que toute ordonnance déclarative d'innocence fût soumise à la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel, qui statuerait ; par contre, toute ordonnance de non-lieu non déclarative d'innocence devrait, sur la demande de l'intéressé ou du ministère public, être déferée à la même juridiction supérieure. Pour la juridiction criminelle, la déclaration d'innocence émanerait de la Cour d'assises : il serait difficile de demander au jury de motiver ses décisions, ou, quand il fait œuvre de commisération, de dire en même temps qu'il ne tient pas l'innocence pour prouvée ; nous ne craignons, d'ailleurs, pas de créer ainsi une juridiction parallèle, en opposition avec celle du jury, et la mission confiée à la Cour d'assises d'apprécier l'innocence de l'accusé déclaré non coupable ne nous semblerait pas plus dangereuse que celle de condamner le même accusé à des dommages-intérêts (art. 358 et suiv., C. instr. crim.) ou au contraire de se refuser à prononcer condamnation contre l'accusé déclaré coupable (art. 352).

Dans tous les cas (sauf ce qui a été dit de la faculté d'appel du juge d'instruction à la Chambre d'accusation), la déclaration d'innocence devrait intervenir d'office. Autoriser l'inculpé à la provoquer, ce serait le mettre dans la nécessité, sous peine d'aveu, de n'y manquer jamais, ce serait prolonger et compliquer inutilement les procédures et appeler presque toujours la critique sur les agissements du magistrat instructeur.

Toute décision déclarative d'innocence relaterait les circonstances justificatives.

Une expédition de la décision serait gratuitement délivrée à l'intéressé. La publication, par journaux et affiches, en serait autorisée, soit aux frais de celui-ci, soit aux frais du Trésor.

b) Pour l'allocation de la réparation pécuniaire, les partisans

de l'opinion qui y voient une dette de l'État doivent nécessairement attribuer compétence exclusive à l'autorité judiciaire : le pouvoir exécutif ne saurait être investi du droit d'arbitrer ou de dénier souverainement les créances prétendues contre lui. Dans notre système, l'option est possible entre la voie judiciaire et la voie administrative.

Personnellement, nous inclinerions à écarter la compétence des tribunaux, dont la mission normale, dans notre organisation des pouvoirs publics, est de reconnaître et sanctionner des obligations et créances, non d'assurer l'exécution des devoirs moraux de la société. L'instruction sur les demandes d'indemnité pourrait être confiée à une commission spéciale instituée à cet effet au ministère de la justice, et dans laquelle le Conseil d'État, la Cour de cassation, le barreau seraient représentés par des membres élus. La liquidation ainsi effectuée aurait, d'ailleurs, l'avantage d'assurer une répartition plus généralement égale, dégagée des impressions et émotions locales qui pourraient influencer sur la décision des juridictions de jugement.

Enfin, dans les cas où des indemnités auraient été allouées, nous repoussons l'idée, consacrée par certaines législations étrangères, d'un recours du Gouvernement contre le magistrat auquel il croirait pouvoir reprocher quelque faute : il appartient au Gouvernement de s'assurer de l'aptitude et de la prudence des magistrats qu'il choisit ou conserve ; il ne saurait lui convenir de les discréditer et de diminuer le prestige nécessaire à l'autorité de leurs fonctions.

R. NICOLAS.

## BIBLIOGRAPHIE.

PANDECTES FRANÇAISES.— PANDECTES CHRONOLOGIQUES, OU COLLECTION NOUVELLE RÉSUMANT LA JURISPRUDENCE DE 1789 A 1886, DATE DE LA CRÉATION DU RECUEIL MENSUEL <sup>1</sup>,

Par M. RUBEN DE COUDER,  
Docteur en droit, Conseiller à la Cour d'appel de Paris.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

En 1885 paraissait le premier fascicule d'une vaste publica-

<sup>1</sup> Tome VI, 1878-1886, Paris, 1887, 1 vol. gr. in-4.



tion, entreprise sous la direction et le haut patronage de M. Rivière, Conseiller à la Cour de cassation, et portant pour titre : *Pandectes françaises*. Cette œuvre magnifique, dont deux volumes et le début du tome troisième sont aujourd'hui édités, est destinée à former un Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence d'une étendue considérable et à répondre à tous les besoins qu'exige de nos jours l'étude bien comprise du droit. Nous n'avons point ici à nous étendre sur les mérites de cet ouvrage aux proportions vraiment gigantesques; d'autres se sont chargés de ce soin, et il ne nous reste, à son égard, qu'à joindre la note personnelle de notre modeste suffrage au concert d'éloges qui lui ont, à juste titre, été prodigués de toutes parts. Si excellente, toutefois, que fût cette publication, considérée en elle-même, si bonne que fût la méthode adoptée, si riches que s'offrissent les développements, si abondantes que se présentassent les citations des auteurs et celles de la jurisprudence, il faut reconnaître que quelque chose d'indispensable manquait à ce beau Répertoire pour former un tout qui ne laissât rien à désirer. Son éditeur, M. Chevalier-Maresq, l'a compris tout d'abord, et, dans sa pensée première, il a de tout temps fallu qu'une partie pour ainsi dire vivante, vint, perpétuellement et au fur et à mesure de l'apparition de données nouvelles dans chacun des éléments si multiples qui la constituent, alimenter et rajeunir l'ensemble colossal de l'œuvre, forcément destinée, sans cela, à demeurer stationnaire. Aussi, quelque larges que fussent leurs bases, n'a-t-il point hésité à doter les *Pandectes françaises* d'un complément inséparable, selon lui, des grands travaux de fond qui les placent au premier rang des livres obligatoirement imposés aux maîtres de la doctrine et aux disciples de la pratique. Ce complément, qui sera pour chaque mot du Répertoire une sauvegarde contre les atteintes d'une vieillesse nécessairement précoce, et qui, par des alluvions successives, lui épargnera les outrages trop hâtifs du temps, se présente sous une double forme : d'un côté, c'est un *Recueil mensuel de jurisprudence et de législation*, rédigé par M. Robert Frémont, Avocat à la Cour d'appel de Paris, avec la collaboration d'un grand nombre de professeurs des Facultés de droit, de magistrats et de membres

du barreau ; ce recueil, qui a commencé à paraître à partir du mois de janvier 1886, est en complète harmonie avec les *Pandectes* elles-mêmes ; chaque mois, il fait une large part au droit international et aux questions d'enregistrement et de timbre et donne quantité d'arrêts les plus récents et les plus importants de la Cour de cassation, ainsi qu'une foule de décisions émanant des autres juridictions civiles, administratives, militaires et commerciales, et de tribunaux étrangers : il donne enfin le texte des lois nouvelles. Le tout est accompagné de notes substantielles, utiles et précieuses à consulter.

D'un autre côté, ce sont les *Pandectes chronologiques*, dont le but est de résumer, en six volumes grand in-quarto, la jurisprudence de 1789 à 1886. A vrai dire, le *Recueil mensuel* n'est qu'une suite de la collection dont nous parlons actuellement, et dont la création s'imposait impérieusement. Ce recueil mensuel, en effet, n'aurait pu, sans infériorité, on le conçoit de reste, prendre comme point de départ l'année 1886, date de sa naissance, et sacrifier tout le passé de près d'un siècle. Cette troisième publication, absolument distincte des deux autres, mais qui vient à son tour les corroborer, les fortifier et constituer avec elles la troisième partie d'un même tout, a pour objet de reproduire une multitude de décisions qui, en dépit de leur âge, présentent encore, à raison de leur importance intrinsèque, un intérêt doctrinal ou pratique assez considérable pour être dignes d'être sauvées de l'oubli. Une idée des plus ingénieuses a présidé à la confection de cette œuvre vraiment neuve à tous égards, et, ajoutons-le de suite, appelée à rendre les services les plus signalés. Les grands recueils d'arrêts, qui s'élèvent aujourd'hui à soixante-quinze ou quatre-vingts volumes, — sans compter les compléments, — sont d'un prix et d'un encombrement que ne justifie pas toujours leur degré d'utilité. A parler franc, les documents qu'ils renferment sont bien loin d'être tous d'une réelle valeur. Le temps était venu, où un choix judicieux et sévère devait opérer un triage entre eux, et tirer de la confusion, où ils sont comme égarés et perdus, les arrêts principes et les décisions types. Tel est le but que se sont proposé les *Pandectes chronologiques*. Au prix de quels efforts soutenus, de quelle somme de

travail assidu, de quelle patience et de quelle attention elles doivent l'atteindre, c'est ce que l'on comprendra sans peine, lorsque nous aurons dit que quatre-vingt-seize années de jurisprudence vont ainsi venir se condenser dans six volumes, d'un maniement facile et commode, et que plus de six mille décisions prendront place dans cette collection. Outre cet avantage, déjà fort appréciable, d'avoir sous la main la quintessence même — volontiers dirions-nous avec Rabelais, Montaigne et Lafontaine, la moëlle et la fleur — d'une jurisprudence quasi-séculaire, les *Pandectes chronologiques*, réduites à leurs quelques volumes, procureront une quadruple économie de temps, de peine, de place et d'argent. Joignez à cela qu'elles se distinguent de tous les recueils du même genre par un côté fort original, qui en constitue même le caractère essentiel et leur imprime un cachet tout particulier : il consiste en ce que les arrêts les plus anciens seront commentés avec le dernier état de la jurisprudence, ce qui épargnera au travailleur les recherches dans les volumes subséquents ou le recours aux tables, qui finissent elles-mêmes, en peu d'années, par s'accumuler. Aussi, du premier coup d'œil, se trouvera-t-on fixé sur les décisions à consulter : la sûreté et l'exactitude des recherches acquerront dès lors tout le degré de certitude désirable.

C'est M. le conseiller Ruben de Couder qui a pris la direction de cette collection chronologique, devenue son œuvre à proprement parler. Nul mieux que lui n'était, à coup sûr, à la hauteur d'une pareille tâche, et aucun nom n'offrait, du succès, un gage plus assuré que le sien.

La publication des *Pandectes chronologiques* a commencé par le sixième et dernier volume, et il faut en savoir gré à son savant auteur. C'était, en effet, celui qui devait présenter le plus d'intérêt immédiat, le plus d'utilité pratique directe à consulter, puisqu'il contiendrait les décisions les plus récentes. L'intervention de l'ordre aura donc pour résultat des services plus rapidement rendus à de plus pressants besoins, une plus prompt satisfaction donnée à des exigences plus urgentes.

Ce que sera l'œuvre une fois terminée, le volume dont nous nous occupons suffit à le laisser pressentir. Il contient en texte,

en notes et en sous-notes, près de mille décisions sur les sujets les plus divers et les plus variés. Les références de jurisprudence sont très complètes; sous chaque arrêt, on trouve une énumération de toutes les décisions intervenues sur la question tranchée, qu'elles appartiennent à l'époque antérieure ou à celle qui a suivi l'arrêt recueilli, jusqu'à l'heure où il a été livré à l'impression.

Il nous reste un mot à dire de la valeur scientifique de ce sixième volume. Elle s'affirme, suivant nous, par des annotations très approfondies et toujours éclairées par un sens très pratique des affaires. A titre d'exemple, nous relèverons celles qui sont relatives à la chasse, au nom commercial, aux chemins de fer, au privilège de l'ouvrier, aux sociétés, à certaines questions de droit électoral, à quelques pratiques en matière correctionnelle, etc., etc.

Trois tables terminent ce dernier tome, qui facilitent singulièrement les recherches dans les trois parties (jurisprudence de la Cour de cassation, des Cours d'appel et tribunaux, et jurisprudence administrative), dans lesquelles il se répartit et se distribue : l'une est une table complémentaire des jugements, arrêts, etc., rapportés en notes, ou en sous-notes, ou avec les décisions insérées en ordre chronologique; l'autre est une table alphabétique des noms des parties; la troisième enfin est une table alphabétique des matières.

Terminons cette brève analyse, en disant que l'apparition de ce dernier volume, édité avec autant de soin que de luxe, fait ardemment désirer la prochaine publication du tome V, qui doit comprendre huit années, de 1870 inclusivement à 1878.

P. LOUIS-LUCAS.

*Le Comité de la Revue vient de faire une grande perte dans la personne de M. PAUL PONT, membre de l'Institut, président de chambre honoraire à la Cour de cassation. Une notice paraîtra dans une de nos prochaines livraisons.*

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

## EXAMEN DOCTRINAL

### JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

(Année judiciaire, 1887-1888),

Par M. BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

- I. *Armée* : (a) Radiation des princes d'Orléans et des princes Murat. — (b) Assimilations de grade avec les fonctions civiles. — (c) Cumul des suppléments de pension et des emplois civils.
- II. *Contributions* : (a) Recours en matière d'évaluations cadastrales. — (b) Les bookmakers sont-ils soumis à la patente? — (c) Caution solidaire en matière de douanes. — (d) Portée de la disposition finale des lois de finances.
- III. *Voirie* : (a) Droit de préemption. — (b) Permission de voirie.
- IV. *Domaine de l'Etat* : (a) Les meubles font-ils partie du domaine public? — (b) Compétence en matière d'affectation d'un immeuble à un tiers.

#### I. — *Armée.*

(a) Radiation des princes d'Orléans et des princes Murat.

L'art. 4 de la loi du 22 juin 1886 déclare que les membres des familles ayant régné en France ne pourront entrer dans les armées de terre et de mer ni exercer aucune fonction publique. A la suite de cette loi, diverses décisions du ministre de la guerre ordonnèrent la radiation sur les contrôles de l'armée de quatre membres de la famille d'Orléans, les ducs d'Aumale, de Nemours, de Chartres et d'Alençon, qui y figuraient les deux premiers en qualité de généraux de division, le troisième en qualité de colonel de cavalerie, le quatrième en qualité de capitaine d'artillerie, et de deux membres de la famille Bonaparte, les princes Joachim Murat, l'un général de brigade en disponibilité et l'autre lieutenant dans un régiment de dragons. Contre ces décisions les intéressés se pourvurent devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir; le ministre de la guerre opposa une fin de non-recevoir commune à toutes les réclamations; il soutint que ses décisions constituaient des actes de gouvernement et qu'elles échappaient ainsi à la juridiction du Conseil. Ce sont en effet des mesures exclusivement politiques prises contre des personnes dans une situation exceptionnelle, contre les membres des fa-

milles ayant régné en France; d'ailleurs, les deux Chambres du parlement saisies par des interpellations ont approuvé le ministre et cette approbation tout au moins donnerait aux décisions attaquées le caractère gouvernemental si elles ne l'avaient déjà.

Cette argumentation ne convainc pas le Conseil d'État qui admit les pourvois par arrêt du 20 mai 1887<sup>1</sup>. Et en effet on ne voit pas pourquoi la qualité des personnes visées par les décisions ministérielles aurait transformé ces décisions en actes de gouvernement; il faudrait donc admettre que toute mesure prise à l'égard des membres des familles ayant régné en France, est soustraite au contrôle des tribunaux; cela nous semble injustifiable. Quant au fait que les deux Chambres avaient approuvé la conduite du ministre, il ne peut changer la nature des actes accomplis déjà avant les délibérations du parlement; d'ailleurs les ordres du jour ne sont pas des lois.

Le Conseil d'État s'est décidé surtout par cette considération que les décisions ministérielles ne sont, d'après leur texte même, que des applications de l'art. 4 de la loi du 22 juin 1886. Il semble donc admettre que toute mesure qui est l'application d'une loi constituera toujours un acte d'administration. Pour qu'il y ait acte de gouvernement, faudra-t-il donc que l'autorité agisse en dehors de la loi? On ne comprend pas bien ce que veut dire le Conseil d'État. Nous regrettons qu'il n'ait pas plus amplement développé son opinion sur le système des actes de gouvernement.

On sait que le grand intérêt pratique de ce système consiste en ce que l'acte gouvernemental serait soustrait à la juridiction des tribunaux judiciaires aussi bien que des tribunaux administratifs et ne serait soumis qu'au contrôle du parlement. Ce résultat n'est pas sans danger, le contrôle du parlement ne peut guère dans la plupart des cas s'exercer d'une manière pratique au profit des intérêts privés, et les particuliers n'auront pas en lui une garantie bien efficace contre les abus de pouvoir. Il faudrait donc, pour accepter ce système, des motifs sérieux.

On a l'habitude d'invoquer, à son appui, l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 qui donne aux ministres le droit d'élever le conflit

<sup>1</sup> Rec. des arrêts du Conseil d'État, 1887, p. 409.

devant la section du contentieux pour les affaires qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Ce texte, dit-on, n'est pas par lui-même très explicite puisqu'il pourrait se référer aux affaires du contentieux judiciaire ou de pure administration, mais il est la copie de l'art. 47 de la loi du 3 mars 1849 lequel a été commenté et expliqué par M. Vivien rapporteur de la loi à l'Assemblée législative; et il résulte de ces explications que l'art. 47 avait surtout en vue les actes de gouvernement. On peut répondre que le commentaire de M. Vivien, n'est pas aussi précis qu'on veut bien le dire; qu'il ne formule pas nettement la théorie qu'on lui prête; que d'ailleurs ce n'est que l'expression d'une opinion individuelle. Et en admettant même qu'il fallût en tenir grand compte pour l'interprétation de la loi de 1849, il n'y a plus les mêmes motifs d'en faire autant aujourd'hui, car les rédacteurs de la loi de 1872 ne l'ont pas reproduite. Nous pensons donc que l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 ne fournit pas une base suffisante à la théorie des actes de gouvernement.

La jurisprudence et la doctrine d'ailleurs ne sont pas, relativement à cette théorie, très affirmatives et très précises. Sans doute auteurs et arrêts admettent en principe qu'il y a des actes qui ne sont susceptibles d'aucun recours contentieux ni devant l'autorité judiciaire ni devant l'autorité administrative; mais c'est là un fait incontestable, on peut appeler ces actes, actes de gouvernement, si l'on veut, c'est une question de mot. Le point intéressant est de savoir dans quel cas il y a acte de gouvernement, à quel signe se reconnaissent les actes qui ne sont susceptibles d'aucun recours; et sur ce point, désaccord complet.

Les uns ne reconnaissent le caractère gouvernemental qu'aux actes accomplis par l'autorité dans une matière où la loi lui donne un pouvoir discrétionnaire et la soustrait expressément à la juridiction des tribunaux soit administratifs, soit judiciaires. C'est ainsi que M. Dareste<sup>1</sup> définit les actes de gouvernement: « Ceux que la constitution et les lois réservent à la puissance souveraine sans autre contrôle que celui des grands corps politiques et de l'opinion publique. » M. le commissaire du gouvernement David soutenait en 1875 une théorie analogue, quand

<sup>1</sup> Justice administrative, p. 221 et s.

il disait <sup>1</sup> : « Les actes de gouvernement sont discrétionnaires de leur nature, tels sont les pouvoirs discrétionnaires que le gouvernement tient en France, soit des lois constitutionnelles, soit des lois de police. » Et dans l'affaire même dont nous nous occupons, le commissaire du gouvernement, après avoir cité l'opinion de son prédécesseur, l'approuvait entièrement et concluait <sup>2</sup> : « Ce qui est de l'essence de l'acte de gouvernement, c'est son caractère discrétionnaire. » M. Laferrière <sup>3</sup> enseigne la même doctrine; après avoir énuméré, en effet, les diverses catégories d'actes de gouvernement et s'occupant de la catégorie qui presque seule peut donner lieu à des difficultés pratiques, celle des actes concernant la sûreté intérieure de l'État, il n'admet pas que l'on puisse considérer comme des actes de gouvernement les décisions prises par l'autorité en dehors des cas prévus par la loi.

Dans cette limite, le système des actes de gouvernement n'a rien qui puisse nous effrayer et nous ne faisons aucune difficulté pour admettre qu'il n'y aura pas de recours contre les actes de l'autorité publique, lorsque la loi l'aura voulu ainsi et l'aura dit nettement. Mais alors à quoi bon inventer cette expression nouvelle d'actes de gouvernement. Disons seulement que nous sommes en présence d'un acte de pure administration.

Mais d'autres jurisconsultes ne s'en tiennent pas à cette notion; ils enseignent qu'il y a des matières où, quoique la loi soit muette et n'accorde aucun pouvoir discrétionnaire à l'autorité, ce pouvoir lui appartient à raison de la nature même de ces matières et parce qu'elles sont gouvernementales et non administratives. MM. Aucoc <sup>4</sup> et Ducrocq <sup>5</sup> notamment partagent cette manière de voir. Il devient alors très important de préciser les caractères distinctifs des matières gouvernementales, mais en l'absence de toute indication de la loi, on ne peut que tomber dans l'arbitraire. Les deux auteurs que nous venons de nommer

<sup>1</sup> Rec. 1875, p. 158.

<sup>2</sup> Rec. 1887, p. 411.

<sup>3</sup> Traité de la juridict. admin., t. II, p. 30 et 42.

<sup>4</sup> Conférences sur le droit administratif, t. I, 289.

<sup>5</sup> Cours de dr. admin. t. I, 248.



paraissent rattacher la distinction entre les actes gouvernementaux et les actes administratifs à une autre distinction, celle du droit constitutionnel et du droit administratif; il n'y aurait acte de gouvernement que dans les matières qui sont du domaine du droit constitutionnel, dans celles qui sont du droit administratif l'acte serait toujours administratif. Cette nouvelle formule ne résout pas la difficulté, car les limites ne sont rien moins que certaines entre le droit administratif et le droit constitutionnel; on discutera sur ces limites et l'on n'aura fait aucun pas en avant.

En présence de ces incertitudes nous adoptons entièrement l'opinion de M. Gautier qui enseigne <sup>1</sup> : « que la distinction entre les actes contentieux et les actes de gouvernement ne repose sur aucun motif sérieux et n'a d'autre résultat que de consacrer l'arbitraire le plus regrettable. Parmi les exemples donnés par le Conseil d'État d'actes de gouvernement, les uns sont insusceptibles de recours parce qu'ils sont des actes de pure administration; quant aux autres, les mettre en dehors du droit commun, c'est ouvrir la porte aux illégalités les plus criantes et les plus dangereuses. »

Ce danger a été aperçu par quelques uns des partisans de la doctrine des actes de gouvernement. Dans un article qui a paru dans cette revue <sup>2</sup>, M. Aucoc admet que, lorsque l'autorité publique agit en dehors des cas où la loi lui donne un pouvoir discrétionnaire, ses décisions doivent être au moins soumises à la juridiction des tribunaux judiciaires. C'est déjà abandonner un des effets du système; pourquoi ne pas y renoncer tout à fait? Et si l'on va jusqu'à admettre sur les prétendus actes de gouvernement, le contrôle de l'autorité judiciaire, quelle raison pourrait-on avoir de repousser celui de la juridiction administrative?

Après avoir rejeté la fin de non-recevoir opposée par le ministre, le Conseil d'État avait à apprécier au fond les recours qui lui étaient soumis. Il a rejeté ceux des princes d'Orléans; il a au contraire admis le bien fondé de la requête des princes Murat et a annulé, en ce qui les concernait, les décisions du ministre de la guerre. Le motif de cette différence est que la loi du 22 juin

<sup>1</sup> Cours de dr. admin. t. 1, p. 6.

<sup>2</sup> 1883, p. 270.

1886 ne s'applique pas aux princes Murat qui sont membres de la famille Murat et ne sont qu'alliés à la famille Bonaparte, sans être membres de cette famille.

Ce motif est, au point de vue juridique, fort contestable. Les princes Murat sont l'un petit-fils et l'autre arrière petit-fils de la princesse Caroline, sœur de Napoléon I<sup>er</sup>; ce sont donc pour les Bonaparte des parents et non des alliés, et le sénatusconsulte du 10 novembre 1852 les comprenait parmi les membres de la famille de l'empereur. Au point de vue politique, on a dit en faveur de la décision du Conseil d'Etat que la loi de 1886 avait voulu prendre des précautions contre les actes des prétendants éventuels à la couronne de France; il n'y avait donc pas lieu de l'appliquer à ceux qui en aucun état de cause ne pouvaient devenir des prétendants, et telle est la situation des princes Murat qui, d'après la constitution même de la famille Bonaparte, n'ont jamais eu et ne pourraient jamais avoir aucun droit de succession au trône. Cette considération non plus ne nous paraît pas décisive. On peut répondre en effet qu'il est toujours imprudent de confier une portion de l'autorité publique à ceux qui ont un intérêt personnel évident à un changement dans la forme du gouvernement. Le lien de famille qui unit les princes Murat aux princes Bonaparte constitue pour les premiers un mobile suffisant pour qu'ils se prêtent à l'occasion à toute restauration de leurs parents. Rien ne prouve que le législateur de 1886 ne s'est pas placé à ce point de vue.

Vis-à-vis des princes d'Orléans les décisions ministérielles sont confirmées; ils sont définitivement exclus de l'armée et privés de leurs grades. C'est ce résultat surtout qu'ils critiquaient. La loi de 1886, disaient-ils, empêche pour l'avenir l'entrée de nouveaux princes dans l'armée, mais elle n'ordonne pas l'exclusion de ceux qui y sont actuellement; elle ajoute que les princes ne peuvent exercer aucune fonction publique, mais un grade n'est pas une fonction; les lois militaires distinguent nettement le grade de l'emploi; le grade est la propriété de l'officier, il constitue l'état de l'officier et celui-ci ne peut en être privé que dans les cas et suivant les formes déterminées par la loi (art. 24, loi du 14 avril 1832), or aucune loi ne prive de leur

grade les membres des familles qui ont régné en France; la loi de 1886 ne dit rien de pareil.

Nous croyons cependant que le Conseil d'Etat a sagement interprété la loi de 1886 en décidant que cette loi entraînait la perte même du grade. La séparation du grade et de l'emploi n'est pas en effet aussi absolue qu'on le dit quelquefois; les deux choses sont distinctes sans doute, mais elles restent liées l'une à l'autre dans les termes indiqués par la loi du 19 mai 1834. L'art. 2 de cette loi notamment énumère les diverses positions dans lesquelles peut se trouver un officier; il y en a cinq : l'activité, la disponibilité, la non activité, la réforme et la retraite. Or les princes d'Orléans ne pouvaient se trouver dans aucune de ces positions. Ils ne pouvaient être en activité puisqu'ils ne pouvaient avoir d'emploi; ils ne pouvaient être en disponibilité ou en réserve ni en retrait d'emploi, car le caractère distinctif de ces positions c'est que l'officier qui s'y trouve peut être rappelé à l'activité, or les princes ne le pouvaient pas, l'art. 4 de la loi de 1836 le défend. La position de réforme suppose des infirmités incurables ou des fautes contre la discipline ou contre l'honneur; il ne pouvait en être question pour les princes; pas plus d'ailleurs que de la mise à retraite qui, outre qu'elle exige des conditions que les princes ne réunissaient pas, suppose encore que l'officier peut être chargé d'un commandement. Par l'effet de la loi de 1886, les princes ne se trouvent donc plus dans aucune des positions régulières de l'officier; et il est impossible d'admettre pour eux une position spéciale et nouvelle, car en somme cette position nouvelle ne serait qu'une sorte d'honorariat et l'art. 21 de la loi du 14 avril 1832 déclare qu'il ne peut en aucun cas être accordé des grades honoraires.

(5) Assimilation de gradés pour les fonctionnaires civils sortis de l'école polytechnique et de l'école forestière.

Les élèves de l'école polytechnique et ceux de l'école forestière sont soumis pour leur service militaire à des règles spéciales. Pendant tout le temps qu'ils passent à l'école, ils sont considérés comme présents sous les drapeaux dans l'armée active, et ce temps leur compte comme service actif même quand ils quittent

l'école avant la sortie de leur promotion ou quand ils ne satisfont pas aux examens de sortie <sup>1</sup>. Ceux qui ont satisfait à cet examen et qui ont cependant quitté l'administration reçoivent un brevet de sous-lieutenant; ceux qui sont restés dans les services publics ont droit à un grade plus élevé qui varie suivant la position qu'ils occupent; c'est un règlement d'administration publique qui doit déterminer pour chaque position les assimilations de grade (art. 36, loi du 24 juillet 1873).

Il y a eu quelques difficultés sur la portée exacte de cette dernière règle; les fonctionnaires sortis de l'école polytechnique ou de l'école forestière et pourvus de fonctions civiles ont soutenu qu'ils avaient droit au grade auquel la fonction qu'ils occupaient était assimilée, de telle sorte que la nomination à la fonction emportait de plein droit collation du grade. Mais le Conseil d'Etat a toujours rejeté cette doctrine. Déjà la section des finances à la date du 1<sup>er</sup> février 1881 faisait observer <sup>2</sup> « que le droit à l'assimilation de grade ne pouvait recevoir son application sans inconvénient qu'à la condition d'être compensé par le droit de l'autorité militaire d'employer ou de ne pas employer lesdits fonctionnaires; qu'il fallait en effet tenir compte notamment des conditions d'aptitude physique et de connaissances militaires dans lesquelles se trouvaient chacun des fonctionnaires intéressés » et la section concluait en émettant l'avis : « que les fonctionnaires dont nous nous occupons avaient sans doute le droit de ne servir dans l'armée qu'avec les assimilations de grade indiquées par les règlements, mais que le ministre avait le droit de ne pas employer les dits fonctionnaires et par suite de ne leur conférer aucun grade. »

La même solution se trouve indiquée dans les considérants de l'arrêt contentieux du 6 janvier 1888 <sup>3</sup>, et elle nous paraît, en effet, concilier à la fois le droit des fonctionnaires intéressés et l'intérêt général de l'armée. Le texte d'ailleurs est favorable; il donne une latitude à l'administration et non un droit aux fonctionnaires.

<sup>1</sup> Loi du 27 juillet 1872, art. 19.

<sup>2</sup> Répertoire du dr. admin., par Béquet, v<sup>o</sup> *armée*, n. 647.

<sup>3</sup> *Revue générale d'administration* 1888, t. 1, p. 187.

Les assimilations de grades doivent être déterminées par des règlements d'administration publique (art. 36, loi du 24 juillet 1873). Un premier règlement a été publié le 20 mars 1876, il a été ensuite modifié par un décret du 21 décembre 1886 qui, quoique contenant la mention *le Conseil d'État entendu*, a été pris en réalité sans avis préalable du Conseil d'État. Ce décret est évidemment illégal, mais comment peut-on en empêcher l'exécution?

Une jurisprudence constante admet que les décrets portant règlement d'administration publique ne sont pas en principe susceptibles d'un recours au Conseil d'État. Ceux qui auraient à se plaindre de ces décrets doivent attendre qu'on leur en fasse une application individuelle, et alors ils ont un recours plutôt contre les actes qui leur appliquent la mesure générale, que contre cette mesure elle-même. Cette jurisprudence se justifie, en théorie, par cette idée que le règlement fait en vertu d'une délégation du législateur fait partie de la loi et à la même force que celle-ci. On peut ajouter, au point de vue pratique, que si on admettait un recours contentieux contre les règlements, il faudrait soumettre le recours à la déchéance par l'expiration du délai de trois mois à partir de la publication; de sorte que les intéressés seraient déchus du recours avant d'avoir été en situation de le former. Donc, quel que soit le laps de temps qui se soit écoulé depuis la publication du décret du 21 décembre 1886, toute décision qui appliquera ce décret pourra être attaquée dans les trois mois de sa notification.

Mais peut-elle être annulée par le Conseil d'État? Si le décret du 21 décembre 1886 ne contenait pas la mention que le Conseil d'État a été entendu, l'affirmative serait incontestable, car la loi est formelle, la matière des assimilations de grades ne peut être régie que par des règlements d'administration publique. Mais précisément le décret a l'apparence d'un règlement et il est permis d'avoir des doutes sur la compétence qui appartiendrait au Conseil d'État pour faire tomber cette apparence. Nous ne connaissons pas de précédent sur la question, et elle est assez grave au point de vue théorique; c'est en somme une accusation de faux portée contre l'affirmation du chef de l'État.

S'il ne s'agissait que de constater une irrégularité ordinaire dans la rédaction du décret, l'omission par exemple d'une formalité, nous concevions fort bien que le Conseil d'État fût compétent; il rentre dans ses attributions ordinaires de vérifier la régularité des actes qui lui sont soumis; mais ici il y a quelque chose de plus, il y a un démenti donné à la déclaration du chef de l'État. La loi ne permet d'arguer de faux les affirmations des officiers publics compétents qu'au moyen de la procédure extraordinaire de l'inscription de faux; le chef de l'État n'est-il pas ici une sorte d'officier public?

Le Conseil d'État ne s'est pas laissé arrêter par ces considérations et sans insister d'ailleurs sur la justification de son droit, il a déclaré que le décret du 21 décembre 1886 n'avait pas pu modifier le règlement de 1876, et il a annulé les décisions ministérielles qui se fondaient sur ce décret.

(c) Cumul des suppléments de pension et d'un emploi civil.

Les lois du 22 juin 1878, du 5 et du 18 août 1879 ont augmenté la quotité des pensions de retraite militaires liquidées postérieurement à leur promulgation, laissant sans modification les pensions antérieures. Elles ont par suite introduit entre les retraités militaires une inégalité qu'il était difficile de justifier autrement que par des considérations financières. La loi du 18 août 1881 a eu pour but de faire disparaître ou de diminuer cette inégalité; elle unifie les pensions des sous-officiers et soldats en donnant aux retraités antérieurs aux lois des 5 et 18 août 1879 le droit de faire liquider leurs pensions d'après le tarif établi par ces lois, et d'obtenir par conséquent en augmentation la différence qui existait entre la somme qui leur avait été allouée d'après la législation précédente, et celle qui résulte de l'application des lois actuelles. Pour les officiers l'unification n'est pas complète, la loi se borne à donner aux retraités de l'ancienne législation un supplément de pension calculé d'après des tarifs spéciaux, et qui tout en augmentant la pension n'équivaut pas cependant à la différence qui existait entre les pensions anciennes et les pensions nouvelles.

Ces faveurs de la loi de 1881 sont soumises à une restriction.

Le dernier paragraphe de l'article 1<sup>er</sup> dit en effet, que « le paiement de ces suppléments de pension demeurera suspendu pour les pensionnés de toute catégorie pourvus d'emplois civils rétribués par l'Etat, les départements et les communes, ou de débits de tabac, tant que ces pensionnaires seront en possession des emplois ou débits. »

Deux sérieuses difficultés se sont élevées sur cette disposition. 1<sup>o</sup> S'applique-t-elle aux sous-officiers et soldats ? Le texte que nous venons de reproduire littéralement semble ne pas pouvoir donner lieu à cette question ; l'expression dont il se sert, *les pensionnés de toute catégorie*, comprend en effet les sous-officiers. Mais il faut remarquer que le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> ne qualifie pas de supplément de pension la faveur qu'il accorde aux sous-officiers et soldats, et comme le dernier paragraphe n'ordonne la suspension que pour les suppléments de pension, on pourrait en conclure qu'il ne s'applique pas à ceux qui n'ont pas de supplément. Il n'y a là aucune question de principe, c'est une pure difficulté d'interprétation de texte ; les travaux préparatoires de la loi ne fournissent aucun renseignement bien précis ; il n'y a par conséquent qu'à enregistrer les décisions rendues. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 7 août 1886 <sup>1</sup>, a adopté l'interprétation la plus favorable au trésor et décidé que la suspension était applicable même aux sous-officiers et soldats.

2<sup>o</sup> Que faut-il entendre par l'expression : emplois civils rétribués par l'Etat, les départements ou les communes ? Il y a une jurisprudence établie sur certains points. Trois conditions sont nécessaires pour l'application de notre règle. — I. Il faut que l'emploi dont le retraité est pourvu, fasse partie des cadres permanents de l'administration ; ainsi des employés attachés à titre d'auxiliaires à un ministère ne sont pas pourvus d'un emploi dans le sens de la loi, quoiqu'en fait ils soient maintenus dans leurs fonctions aussi longtemps qu'ils peuvent les remplir <sup>2</sup>. — II. Il faut que le traitement ou le salaire des employés soit payé au

<sup>1</sup> Dall. 88. 3. 15.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, 12 janvier 1883. — Dal. 84. 3. 82. — Cf. Cons. d'Etat, 1<sup>er</sup> juin 1883. — Rec. p. 513 et Cons. d'Etat, 14 mars 1884. — Rec. p. 212.

moyen d'un crédit inscrit au budget de l'Etat, d'un département ou d'une commune; il n'est pas nécessaire cependant que le crédit soit spécialement affecté à l'emploi, ainsi la suspension s'applique à un concierge de palais de justice, quoique son salaire soit pris sur le chapitre des menues dépenses des tribunaux <sup>1</sup>. Il est indifférent d'ailleurs que le traitement soit fixé par mois et par an ou que l'agent reçoive un salaire journalier <sup>2</sup>, il résulte aussi de la plupart des arrêts ci-dessus qu'on n'exige pas que le traitement soit soumis à retenue. On ne donne donc pas à l'expression emplois civils dans la loi de 1881 la même portée que l'on donne à cette même expression dans la loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles; nous croyons qu'il eût été préférable de donner dans les deux lois le même sens aux mêmes mots, car rien n'indique que le législateur de 1881 ait voulu parler une autre langue que celui de 1853. — III. Enfin la troisième condition exigée c'est que l'emploi ait un caractère civil. La détermination de ce point le plus souvent ne donnera lieu à aucune difficulté, les services militaires étant bien distincts des services civils; cependant le doute est quelquefois possible, il existe notamment en ce qui concerne les instituteurs des bataillons scolaires, et comme ils sont presque tous des retraités militaires, la question présente pour eux une grande importance.

La loi du 28 mars 1882 a rendu les exercices militaires obligatoires pour les garçons dans tous les établissements d'enseignement primaire, mais elle se borne à poser le principe sans entrer dans les détails d'application. Un décret du 6 juillet 1882 a permis, sous certaines conditions, aux établissements publics d'organiser des bataillons scolaires placés sous les ordres d'instructeurs nommés par l'autorité militaire. Il y a donc actuellement deux procédés en usage pour enseigner les exercices militaires aux enfants qui reçoivent l'enseignement primaire, tantôt c'est l'instituteur lui-même qui donne cette instruction, tantôt ce sont des instructeurs nommés par l'autorité militaire lorsque les élèves sont organisés en bataillon scolaire. Le rôle de l'instructeur du bataillon scolaire est par conséquent semblable à

<sup>1</sup> Cons. d'État, 7 août 1886; Rec. p. 735.

<sup>2</sup> Cons. d'État, 23 mai 1884, Rec., p. 420.



celui que remplit l'instituteur en matière d'exercices militaires, or l'instituteur est évidemment un employé civil, il en est donc de même de l'instructeur.

On peut objecter que, tandis que l'instituteur ne s'occupe qu'accessoirement d'exercices militaires, c'est là au contraire l'occupation unique de l'instructeur du bataillon scolaire; le caractère militaire n'étant que l'accessoire dans le service de l'instituteur, s'efface devant le caractère civil qui domine, mais les officiers des bataillons scolaires n'ont qu'un rôle militaire, et leur caractère militaire ne peut être absorbé par une autre fonction puisqu'ils n'en ont pas d'autre. La preuve d'ailleurs qu'il y a une différence considérable entre la fonction de l'instituteur et celle de l'instructeur, c'est que la première dépend de l'autorité civile, tandis que la deuxième est conférée par l'autorité militaire.

L'objection ne doit pas nous arrêter. Les bataillons scolaires ne sont en aucune façon sous la direction de l'autorité militaire. Ce sont les conseils municipaux qui les créent avec l'autorisation du préfet. C'est aux préfets que les officiers instructeurs doivent adresser leurs rapports et leurs propositions; ils n'ont aucune relation avec l'autorité militaire. D'ailleurs il serait étrange que dans le bataillon scolaire les chefs et les soldats eussent un caractère différent; or les soldats sont des élèves de l'école primaire qu'aucun lien ne rattache à l'armée; le bataillon est pour eux le prolongement de l'école, ils y reçoivent une partie de l'instruction exigée par la loi du 28 mars 1882; les chefs qui donnent cette instruction sont donc des employés de l'enseignement primaire, c'est-à-dire des employés civils et le fait que leur nomination appartient à l'autorité militaire ne peut changer cette situation. C'est en ce sens que le Conseil d'Etat a résolu la question par arrêt du 27 mai 1887 <sup>1</sup>.

## II. — Contributions.

### (a) Recours en matière d'évaluations cadastrales.

Quelles sont aujourd'hui les personnes qui peuvent former un recours contre le tarif des évaluations cadastrales et devant quelle juridiction doit être porté ce recours? C'est la question qu'on se

<sup>1</sup> Rec., p. 445.

pose après avoir lu les art. 87 et 88 de la loi du 10 août 1871, et il n'est pas très facile de la résoudre, car s'il est clair que ces articles modifient la législation précédente sur la matière, la portée de cette modification ne se dégage pas bien nettement.

Précisons d'abord la situation au moment de la promulgation de la loi de 1871. Les particuliers n'avaient en principe aucun recours contentieux, car, disait-on, la fixation du tarif des évaluations cadastrales ne leur cause aucun préjudice puisque c'est une mesure abstraite qui ne s'applique à aucune personne déterminée, ils n'ont intérêt à réclamer que contre le classement de leurs propriétés; et en effet un recours leur était donné contre les opérations du classement. Dans deux cas cependant le recours contentieux était ouvert contre le tarif des évaluations; 1° l'art. 81 du règlement du 15 mars 1827 permettait de recourir contre l'évaluation des propriétés bâties, car chaque maison étant l'objet d'une évaluation séparée, il n'y a pas à distinguer alors le classement de la fixation du tarif, les deux opérations se confondant, et comme ce sont les effets du classement qui sont produits, ce sont les règles du recours en matière de classement qu'il faut appliquer. 2° Pour les propriétés non bâties, la jurisprudence du Conseil d'Etat autorisait le recours d'un particulier s'il possédait à lui seul la totalité ou la presque totalité d'une espèce de culture dans la commune; l'évaluation produisait alors vis-à-vis de ce propriétaire l'effet d'un classement et devait être traitée comme tel au point de vue des recours. Dans ces deux cas le recours était porté devant le conseil de préfecture et il pouvait être formé dans les six mois de la mise en recouvrement du premier rôle basé sur la nouvelle évaluation. Les conseils municipaux étaient consultés sur le tarif des évaluations, mais la décision appartenait au préfet et les communes ne pouvaient pas se pourvoir au contentieux contre les décisions du préfet, on ne leur reconnaissait que le droit d'intervenir pour défendre le maintien du tarif arrêté par le préfet lorsque ce tarif était attaqué dans un des deux cas indiqués ci-dessus, ou de se pourvoir contre l'arrêté du conseil de préfecture qui avait donné gain de cause au réclamant<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Béquet, *Répert. du dr. admin.* V. *Cadastre* . nos 448 à 452.

A ces règles l'art. 87 de la loi du 10 août 1871 apporte une première modification qui n'offre aucune difficulté ; il donne à la commission départementale le droit d'approuver le tarif des évaluations cadastrales, la substituant ainsi en cette matière au préfet.

C'est l'application de l'art. 88 qui est embarrassante. Cet article soumet au recours pour excès de pouvoir les décisions prises par les commissions départementales dans les matières qui leur sont attribuées par les art. 86 et 87 de la même loi ; donc il régit les décisions relatives aux évaluations cadastrales puisque aucune exception n'est faite pour elles ; du moins c'est la conclusion à laquelle les textes conduisent naturellement. On eût pu, il est vrai, soutenir que la règle générale de l'art. 88 ne déroge pas aux dispositions spéciales qui régissent certaines matières exceptionnelles ; que le tarif des évaluations cadastrales est une de ces matières et que les motifs qui faisaient refuser avant 1871 tout recours contentieux en principe existent encore aujourd'hui avec la même force ; mais le Conseil d'Etat a préféré s'en tenir au texte de la loi et il a déclaré que le recours pour excès de pouvoir était recevable au moins lorsqu'il était formé par la commune (arrêt du 2 décembre 1887) <sup>1</sup>.

Ce n'est pas seulement aux conseils municipaux que l'art. 88 donne le recours pour excès de pouvoir, c'est aussi à toute personne intéressée. Quelles sont ici ces personnes ? Nous ne connaissons pas de décision sur la question qui, croyons-nous, ne s'est pas encore présentée devant les tribunaux. Il nous semble qu'il faut au moins ne pas se montrer plus difficile qu'on ne l'était avant la loi de 1871 ; nous accorderons donc le droit de recours aux propriétaires de sol bâti, et même aux propriétaires de sol non bâti lorsqu'ils seront possesseurs de la totalité ou de la presque totalité d'une espèce de culture dans la commune.

Mais ces propriétaires peuvent aussi s'adresser au conseil de préfecture. La loi de 1871 s'occupe de l'organisation départementale, elle n'a pas voulu modifier la législation spéciale du cadastre ; elle a sans doute substitué la commission départementale au préfet pour approuver le tarif des évaluations, mais en

<sup>1</sup> Rec. p. 760.

maintenant toutes les règles de forme et de fond relatives à cette opération comme à toutes les autres opérations de confection du cadastre. La compétence du conseil de préfecture doit donc être conservée dans tous les cas où elle était admise avant 1871.

Faut-il conclure que les propriétaires dont nous nous occupons auront le choix entre le conseil de préfecture et le Conseil d'Etat? Ce choix serait une innovation bizarre et assez difficile à justifier; il serait contraire au principe que les lois de compétence sont d'ordre public. Le rédacteur de l'art. 88 n'a probablement pas vu cette conséquence de la disposition nouvelle; aussi admettrions-nous volontiers ici l'application de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le *recours parallèle*, jurisprudence qui peut se résumer ainsi: quand les particuliers ont, en dehors du recours pour excès de pouvoir, un moyen d'empêcher l'exécution de l'acte dont ils se plaignent et de se préserver du préjudice auquel cet acte les expose, ils doivent user de ce moyen et le recours pour excès de pouvoir leur est interdit<sup>1</sup>. Il est évident que le recours au conseil de préfecture est un de ces moyens qui préservent sérieusement les intéressés, ils devront donc s'adresser au conseil de préfecture et ne pourront recourir directement au Conseil d'Etat<sup>2</sup>. Le conseil de préfecture est, d'ailleurs, plus avantageux pour eux, puisqu'ils auront pour former leur demande six mois à partir de la mise en recouvrement du premier rôle, tandis que l'art. 88 ne leur donnerait pour saisir le Conseil d'Etat que deux mois à partir de la communication de la décision.

Faut-il admettre d'autres parties intéressées? Nous ne le croyons pas. Les particuliers qui ne se trouvent dans aucun des deux cas ci-dessus indiqués n'ont en principe aucun intérêt à réclamer contre le tarif des évaluations cadastrales, ils n'auront à se plaindre que du classement dont la loi du 10 août 1871 ne parle pas et qui reste soumis à l'ancienne législation.

En somme donc la modification apportée par l'art. 88 de la loi du 10 août 1871 à la théorie des recours contre le tarif des évaluations cadastrales nous paraît consister en ceci: que désormais

<sup>1</sup> Aucoc. *Conf. de Dr. admin.*, t. I, n° 299.

<sup>2</sup> *Contra*, Laterrière, *Juridiction admin.*, t. II, p. 263.

les communes pourront se pourvoir en Conseil d'État contre ces tarifs, ce qu'on ne leur permettait pas de faire avant 1871. Nous pouvons en outre faire remarquer que l'art. 88 autorise formellement le recours fondé sur la violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique ; il n'y aura donc pas à discuter en cette matière le point de savoir si la simple violation de la loi constitue un excès de pouvoir.

L'art. 88 ne donne à la commune qu'un délai de 2 mois à partir de la communication de la décision de la commission départementale. Mais cette règle doit être combinée avec l'art. 22 du règlement du 10 octobre 1821 qui détermine la procédure à suivre pour fixer le tarif des évaluations. Cet article dans son dernier paragraphe s'exprime ainsi : « Si le tarif a éprouvé quelques modifications, le préfet le renverra au conseil municipal pour recevoir ses observations et ce tarif après avoir été définitivement arrêté par le préfet sera transmis au directeur pour être appliqué. » La commission départementale a succédé aux attributions du préfet, mais la même procédure doit être suivie ; lorsque les propositions du conseil municipal sont modifiées, il y a donc deux décisions à prendre, dont la seconde est seule définitive, et c'est la communication de cette décision qui fait courir le délai.

(b) L'exercice de la profession de Bookmaker est-il susceptible de donner lieu à l'imposition de la patente ?

Un arrêt du Conseil d'État du 13 mai 1867 <sup>1</sup> décide la question négativement par ce motif qu'à raison de leur caractère illicite les opérations auxquelles se livrent les bookmakers ne sauraient constituer l'exercice d'une profession imposable à la contribution des patentes.

Nous avons quelques doutes sur la valeur juridique de cette décision. Nous faisons remarquer tout d'abord que le Conseil d'État se borne à affirmer ce qui précisément est en question : à savoir qu'une profession illicite ne peut être sujette à patente. La proposition est-elle donc si évidente par elle-même ? Il nous semble au contraire que soit qu'on examine les bases rationnel-

<sup>1</sup> Rec., p. 383.

les de la contribution des patentes, soit qu'on se place au point de vue des textes, la solution contraire paraît plus plausible.

La contribution des patentes se propose d'atteindre les bénéfices et produits du commerce ou de l'industrie ; elle doit donc frapper tous ceux qui exercent un commerce ou une industrie ; et si l'industrie est illicite, ce n'est pas une raison pour être dispensé de l'impôt, nous pensons même que ce serait un motif pour être traité plus rigoureusement, il ne faut pas en effet donner une prime à la violation de la loi et des règlements. Nous ne sommes pas d'ailleurs arrêté par cette objection : qu'il y a une sorte de contradiction à défendre d'une part l'exercice d'une profession et d'autre part à soumettre ceux qui l'exercent à l'obligation de payer patente. La loi fiscale ne se meut pas dans le même ordre d'idées que la loi répressive ou que les règlements de police, elle ne se préoccupe que des faits, sans tenir compte de leur caractère licite ou illicite ; et si l'administration par négligence ou impuissance laisse en fait exercer des professions prohibées, il nous paraît tout naturel que ceux qui profitent de cette négligence ou de cette impuissance soient au moins obligés de payer patente ; en somme ils retirent un bénéfice de leur industrie et il est juste de leur faire payer l'impôt que doivent payer tous les bénéfices industriels.

Les textes sont favorables à cette manière de voir. L'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 15 juillet 1880 soumet à l'obligation de payer patente toute personne exerçant en France un commerce, une industrie ou une profession quelconque et aucune restriction n'est faite pour les professions illicites. Il semble même résulter de l'article final de la loi, ou tout au moins du commentaire qui en a été donné par le rapporteur au Sénat, que le législateur a lui-même prévu le cas où une profession illicite serait soumise à la patente. L'art. 40 et dernier de la loi du 15 juillet 1880 est ainsi conçu : « Toutes les dispositions contraires à la présente loi seront et demeureront abrogées sans préjudice des lois et règlements de police qui sont ou pourront être faits. » Ces derniers mots ne sont pas très clairs, ils ont été expliqués de la manière suivante par le rapporteur de la loi au Sénat :<sup>1</sup> « Ces mots déjà ajoutés à la loi

<sup>1</sup> Dall. 81. 4. 6, note 6.

de 1844 veulent dire que l'indication d'une profession ou d'une industrie dans la nomenclature n'en change pas le caractère et ne lui confère en aucun cas une autorisation ni des immunités qui ne résulteraient pas des lois ou règlements de police ; la nomenclature constate des faits, elle ne crée ni ne retire aucun droit. » C'est dire nettement qu'il n'est pas juridiquement impossible qu'une profession illicite soit soumise à la patente.

M. Le Vavasseur de Précourt, commissaire du gouvernement, dont les conclusions ont été adoptées par le Conseil d'État, donne à l'appui du système qu'il a fait triompher deux arguments seulement.

1<sup>o</sup> Pour qu'il y ait lieu à la contribution des patentes, il semble nécessaire, d'après l'étymologie même du mot patente, que la profession puisse s'exercer au grand jour et soit licite par elle-même. — Les arguments tirés de l'étymologie sont souvent bien douteux, surtout quand ces mots ont subi dans leurs significations successives des variations aussi grandes que le mot patente. En tout cas le sens étymologique du mot patente éveille l'idée de publicité, *quod patet*, mais non de légalité ; à ce compte une profession pour être patentable devra s'exercer publiquement, mais rien ne dit qu'il faille qu'elle soit licite.

2<sup>o</sup> Si on admet que la profession illicite est soumise à patente, il faudra donc, dans un délai de 5 ans, l'inscrire dans un tableau additionnel qui, conformément à l'art. 4 de la loi du 15 juillet 1880, sera soumis à la sanction législative et cette inscription aura certainement, quoi qu'on fasse, le caractère d'une reconnaissance de la profession. Le passage du rapport au Sénat que nous avons reproduit ci-dessus répond parfaitement à cet argument : la nomenclature constate des faits, elle ne crée ni ne retire aucun droit.

La solution adoptée par le Conseil d'Etat soulève une question de compétence qui n'a pas été discutée, mais qui nous paraît assez grave. Si l'on admet que la profession illicite n'est pas soumise à la patente, le conseil de préfecture et le Conseil d'Etat seront-ils compétents pour apprécier le caractère licite des professions contestées ? ou bien sera-ce une question préjudicielle pour les tribunaux administratifs qui devront surseoir pour

attendre la décision des tribunaux judiciaires ? Il nous paraîtrait plus conforme aux principes de notre législation de réserver à l'autorité judiciaire l'examen du caractère illicite des professions, examen qui touche de si près à l'exercice de la juridiction répressive, laquelle est évidemment de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire. Le Conseil d'Etat cependant a statué lui-même sur cette question à l'occasion des bookmakers et il a jugé que leur profession était illicite. S'est-il décidé par application de la règle : que le juge de l'action est juge de l'exception ? Nous n'avons aucun renseignement sur ce point, car l'arrêt ne donne ni explication ni motif. Qu'il nous soit permis de faire observer que cette règle, qui n'est écrite dans aucun texte et qui au point de vue rationnel soulève bien des doutes, ne doit être appliquée qu'avec beaucoup de réserve dans les questions qui comprennent un mélange d'éléments judiciaires et administratifs. Nous serions même tenté de dire avec M. Laferrière <sup>1</sup> que dans ces questions la règle n'est jamais applicable, car elle s'efface devant le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

Si le système du Conseil d'Etat triomphait en pratique, il pourrait y avoir des contradictions entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative ; il n'en serait pas impossible, par exemple, qu'une profession fût dispensée de patente comme illicite par le Conseil d'Etat alors qu'elle serait déclarée licite par la Cour de cassation.

(c) Des cautions solidaires en matière de douane.

L'administration des douanes, pour faciliter autant que possible les négociants et industriels que pourrait gêner à certains moments le paiement immédiat des droits d'importation, leur accorde des délais, elle exige alors des redevables qu'ils signent des effets à terme payables au receveur des douanes et qu'ils fassent signer concurremment avec eux une personne qui s'engage comme caution solidaire. La jurisprudence considère ces personnes comme de véritables redevables, débiteurs principaux et leur applique toutes les dispositions exceptionnelles auxquelles

<sup>1</sup> *Jurisdiction admin.*, t. I, p. 447.



sont soumis les vrais redevables, notamment celles qui organisent une poursuite spéciale par voie de contrainte décernée par le receveur des douanes et celles qui confèrent au Trésor un privilège général sur les meubles du redevable.

Il n'y a pas de texte qui permette cette extension. Les tribunaux se sont inspirés de deux considérations : 1<sup>o</sup> Ils ont pensé que la forme même de l'acte qui donnait naissance à l'obligation de la caution avait pour effet de l'assimiler complètement au débiteur principal, car c'est le même acte qui les constitue tous deux débiteurs, et il ne peut produire des effets différents vis-à-vis de chacun d'eux. Cette considération nous touche peu; la cause de l'obligation du redevable se trouve en effet dans l'importation de marchandises soumises aux droits de douane et non dans la souscription de l'effet, et les privilèges sont attachés à la cause de la créance et non à la forme des actes; 2<sup>o</sup> La jurisprudence invoque en deuxième lieu l'intérêt du Trésor auquel il faut accorder contre la caution les mêmes garanties que contre le redevable. Cette considération peut avoir une grande valeur en législation; elle nous paraît moins décisive pour les questions d'interprétation.

Cette jurisprudence vient d'être appliquée à une nouvelle situation par un arrêt du 4 janvier 1888 <sup>1</sup>. Un redevable étant tombé en faillite, sa caution solidaire fut poursuivie et paya; elle demanda alors son admission à la faillite du débiteur direct avec subrogation au privilège de la régie qu'elle avait désintéressée. Cette subrogation est en principe incontestable (1251-3<sup>o</sup>, Civ.), mais était-elle opposable à la douane qui avait d'autres créances à faire valoir contre le redevable pour le paiement de droits d'importation? La Cour de cassation a jugé que non : car la caution n'est dans ses rapports avec la douane ni une caution, ni un codébiteur ordinaire, mais un redevable au même titre que le principal obligé lui-même et soumise comme telle à des règles exorbitantes du droit commun. Ces affirmations justifieraient sans doute la solution si elles étaient exactes; mais l'arrêt ne démontre pas leur exactitude; il se fonde seulement sur la jurisprudence antérieure et sur l'intérêt du Trésor.

<sup>1</sup> Dall. 88. 1. 55.

(d) Quelle est la portée exacte de la disposition finale des lois de finances qui, au cas de contribution illégale, donne une action en répétition pendant trois années contre tous receveurs, percepteurs ou individus qui auraient fait la perception? S'applique-t-elle au cas où la contribution étant légitime dans son principe, le contribuable réclame pour une simple surtaxe?

La Cour de cassation a décidé la négative (arrêt du 21 mars 1887)<sup>1</sup> et nous croyons que c'est avec raison. Il nous semble en effet que l'article final de la loi de finances n'a pas pour objet d'organiser une garantie pour les droits privés qui peuvent être violés en matière fiscale, cette garantie se trouve dans des dispositions spéciales qui varient pour chaque nature de contribution; et si le texte dont nous nous occupons s'appliquait concurremment avec ces dispositions spéciales, il y aurait une sorte de double emploi législatif bien difficile à expliquer. Le contribuable surtaxé dans la contribution foncière aurait donc le droit de former une demande en décharge devant le conseil de préfecture ou d'intenter devant l'autorité judiciaire une action en répétition contre le percepteur! Ce choix serait contraire aux principes les plus élémentaires de notre droit public; ce ne serait pas d'ailleurs le seul inconvénient du système. Le contribuable aurait encore la faculté de ne tenir aucun compte des délais impartis par la loi. Les nécessités du bon ordre financier exigent que les réclamations en décharge au cas de surtaxe soient formées dans un bref délai surtout en matière de contributions directes de répartition, afin que les sommes dont les contribuables sont déchargés pour un exercice soient reportées sans délai à l'exercice suivant; c'est pour cela que la loi mesure parcimonieusement les délais et exige à peine de déchéance que les réclamants agissent dans les trois mois de la publication du rôle. Comment comprendre alors qu'on leur permette d'agir pendant trois ans devant une autre juridiction?

Ce serait un système incompréhensible.

Tout s'explique au contraire si l'on voit le vrai caractère de la disposition dont nous nous occupons et qui n'est rien autre chose qu'une garantie des attributions constitutionnelles du parlement

<sup>1</sup> Dall. 88. 1. 85.

en matière financière. C'est une sanction de la règle qu'aucune contribution ne peut être perçue sans l'autorisation régulière des Chambres. Nous dirons alors que cette sanction n'est applicable que lorsque la règle est violée, c'est-à-dire lorsque la contribution est illégitime dans son principe, par suite du défaut d'approbation des Chambres. Dans ce cas la compétence de l'autorité judiciaire se comprend; il est à craindre que le gouvernement usurpateur ne trouve dans les juridictions administratives, sur la composition desquelles son influence est considérable, plutôt des complices que des juges indépendants; l'inamovibilité du personnel des tribunaux judiciaires peut donc être une garantie. On comprend aussi la prorogation du délai; réclamer immédiatement serait peut-être dangereux; lorsque les détenteurs de l'autorité se mettent en révolte contre la constitution, il y a souvent une période de trouble pendant laquelle les réclamations les plus légitimes n'ont aucune chance d'être écoutées, il fallait donc donner aux contribuables un délai suffisant pour qu'il fût probable qu'avant son expiration l'ordre légal serait rétabli.

On peut observer encore que la place même qu'occupe notre disposition dans la loi du budget nous montre que c'est une question d'ordre budgétaire et non une règle d'intérêt privé.

La loi appelle l'action qu'elle donne contre le percepteur une action en répétition, est-ce exact? Ce n'est certainement pas une action en répétition de l'indu de la nature de celle dont parlent les art. 1376 et suiv. du Code civil; le percepteur n'a été qu'un intermédiaire, il n'a pas gardé pour lui les deniers qui lui étaient versés pour le compte de l'administration. Il ne pourrait être question de répétition de l'indu que vis-à-vis de l'administration elle-même, bénéficiaire des sommes versées. Cette action en répétition est admise par la jurisprudence qui applique ici le droit commun, application qu'elle trouve conforme aux principes. Nous croyons qu'il est permis d'en douter, si l'on considère surtout les textes assez nombreux qui tendent à abrégier le délai pendant lequel le Trésor peut être actionné; l'application du droit commun en effet entraînerait la prescription trentenaire, ce qui est vraiment inadmissible en organisation financière.

Quelle est donc la nature de l'action accordée contre le per-

cepteur? On a dit qu'il ne pouvait s'agir que d'une action fondée sur une faute commise lors de la perception, car puisqu'il n'y a ici ni contrat ni quasi-contrat, il ne reste que le délit ou le quasi-délit comme fondement possible de l'action; il faudra donc qu'il y ait faute du percepteur. Et on a conclu que c'était au demandeur à faire la preuve de cette faute<sup>1</sup>. Nous croyons au contraire que le demandeur n'a à prouver que l'illégalité de la perception, car le texte n'exige pas autre chose; la loi déclare le percepteur responsable par cela seul que la contribution est illégale, sans se mettre en peine de la situation personnelle du percepteur. Disons, si l'on veut, qu'elle présume la faute du percepteur, mais ajoutons que cette présomption est inattaquable et cela nous paraît juste; l'ignorance ou la négligence qui n'a pas permis au percepteur de voir que la contribution était illégale ne peut être une excuse pour lui.

### III. — *Voirie.*

#### (a) Droit de préemption.

Les riverains d'une voie publique ont le plus souvent un droit de préemption sur les portions de cette voie qui sont déclassées le long de leur propriété; mais ce droit n'existe pas dans tous les cas, et même quand il existe il n'est pas certain qu'il produise toujours les mêmes effets. La législation en cette matière manque un peu d'harmonie; elle consacre des différences qu'il est impossible de justifier. Deux événements distincts peuvent donner lieu à l'exercice du droit de préemption: 1° le redressement ou le rétrécissement d'une voie publique; les parties de la voie qui se trouvent en dehors du nouveau plan d'alignement sont déclassées et sont dans tous les cas soumises au droit de préemption des riverains, quelle que soit la nature de la voie<sup>2</sup>; 2° l'abandon total d'un tronçon de route au cas de changement de tracé ou lorsque ce tronçon paraît inutile à l'autorité compétente; dans cette deuxième hypothèse des textes formels accordent le droit de préemption aux riverains des routes nationales et départemen-

<sup>1</sup> Paris, 13 novembre 1885., Dall. 86. 2. 273.

<sup>2</sup> Loi du 16 septembre 1807, art. 53.

tales <sup>1</sup>, des chemins vicinaux <sup>2</sup>, et des chemins ruraux <sup>3</sup> mais il n'y a aucune disposition en faveur des riverains d'une voie urbaine, il faut donc en l'absence de texte leur refuser le droit de préemption qui est en somme exceptionnel, et cependant il n'y a au point de vue rationnel aucun motif de traiter les riverains d'une rue plus mal que ceux d'une route.

Lorsque le droit de préemption existe, on n'est pas d'accord sur ses effets ; on se demande si le riverain n'a que le privilège d'être préféré comme acquéreur au cas où l'administration veut vendre, ou bien s'il a une sorte de propriété conditionnelle qui lui permet de revendiquer contre l'administration qui voudrait garder les parcelles déclassées et même contre les tiers qui les auraient acquises de l'administration sans avoir purgé le droit de préemption. Les textes ne fournissent aucun élément pour la solution de la difficulté. On a prétendu quelquefois que l'art. 53 au moins de la loi du 16 septembre 1807 s'expliquait nettement sur le caractère du droit qu'il donnait aux riverains et qu'il disait clairement que ce droit pouvait s'exercer nonobstant tout désir ou toute volonté contraire de l'administration. Il suffit de lire le texte pour se convaincre qu'il n'est pas aussi précis que cela : « au cas où par les alignements arrêtés un propriétaire pourrait recevoir la faculté de s'avancer sur la voie publique, il sera tenu de payer... » Le texte ne s'explique pas le moins du monde sur la nature de cette *faculté que le riverain peut recevoir* et l'on pourrait très bien comprendre qu'il ne s'agit que d'une faculté soumise au bon vouloir de l'administration. Les autres textes relatifs au droit de préemption sont conçus en termes encore plus vagues. On signale aussi comme apportant quelque clarté dans cette question les travaux préparatoires de la loi du 24 mai 1842 ; M. Ducrocq <sup>4</sup> invoque notamment le rapport présenté par M. Renouard à la Chambre des députés, où il est dit que la préemption est un dédommagement qui est dû aux riverains et que la loi leur donne *la certitude* qu'ils pourront acquérir la parcelle

<sup>1</sup> Loi du 24 mai 1842, art. 3.

<sup>2</sup> Loi du 21 mai 1836, art. 19.

<sup>3</sup> Loi du 20 août 1881, art. 17.

<sup>4</sup> *Cours de dr. admin.*, nos 855 et 933.

attenante à leur propriété ; ce langage serait incompréhensible si l'administration pouvait faire obstacle à l'exercice du droit de préemption, donc l'intention du législateur a été que le riverain pût exercer son droit même malgré l'administration. Le raisonnement sans doute est plausible, mais il aurait plus de force si au lieu de s'appuyer seulement sur l'opinion de la commission de l'une des deux chambres, il s'appuyait sur le texte même de la loi. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence tant administrative que judiciaire paraît avoir toujours admis la réalité du droit de préemption lorsqu'il est exercé sur des parcelles détachées d'une route nationale ou départementale <sup>1</sup>.

Mais pour les chemins vicinaux le système de la personnalité du droit triompha d'abord. Ce n'est pas que le texte fût bien différent. Pour les routes nationales la loi de 1842, disait : « Les propriétaires seront mis en demeure d'acquiescer chacun en droit de soi les parcelles attenantes à leur propriété. » Pour les chemins vicinaux la loi de 1836 répétait en termes presque identique : « Les propriétaires pourront faire leur soumission de se rendre acquéreurs de la partie de chemin abandonnée. » Il semble peu logique de faire produire à ces deux formules des effets différents ; cependant une circulaire ministérielle du 26 mars 1838 interpréta la loi de 1836 de la manière suivante : « Sans doute si la commune vend le sol, les propriétaires riverains tiennent de la loi un droit de préférence, mais c'est un droit de préférence seulement, et ils ne peuvent contraindre la commune à vendre. » Cette interprétation fut tout d'abord généralement acceptée et elle a encore conservé des partisans <sup>2</sup> ; mais elle a été attaquée à diverses reprises et un arrêt du Conseil d'Etat du 6 août 1887 <sup>3</sup> la répudia tout à fait.

Un chemin vicinal avait été redressé et des parcelles se trouvaient en dehors du nouveau plan. Le riverain d'une de ces parcelles s'en empara et construisit un mur de clôture le long de la nouvelle limite du chemin, englobant ainsi dans cette clôture la

<sup>1</sup> Ducrocq, *loc. cit.* — Aucoc, *Confér.*, t. III n<sup>os</sup> 1075 et 1125.

<sup>2</sup> Ducrocq, *Cours de dr. admin.*, n<sup>o</sup> 1377. — Bordeaux, 24 mars 1885. *Dall.* 86. 2. 224.

<sup>3</sup> *Rec.*, p. 651.

parcelle déclassée. Le maire prit alors un arrêté d'alignement ordonnant au riverain de construire sa clôture le long de l'ancienne limite du chemin et de démolir le mur qui avait été élevé d'après les indications du nouveau plan. Le riverain se pourvut devant le Conseil d'État contre l'arrêté municipal d'alignement, et il en a obtenu l'annulation par le motif qu'il n'appartenait pas au maire de délivrer un alignement le long de la parcelle distraite du chemin vicinal, suivant un tracé qui n'était pas conforme au plan général d'alignement. Le Conseil d'État admet donc que le riverain, au moins quand il peut procéder par la voie d'une demande d'alignement, peut obliger la commune à lui céder la parcelle abandonnée.

Admettrait-il la même solution au cas d'abandon total d'un chemin ? Pourquoi non, puisque c'est le même texte qui régit ce cas comme le précédent ? Il est vrai qu'alors il n'y a plus d'alignement à demander, les riverains devront obtenir de l'administration une cession en la forme ordinaire ; si la municipalité refuse, ce n'est plus le Conseil d'État qui peut être saisi ; le domaine public est ici hors de cause, la question ne le touche pas ; c'est une difficulté relative à des droits privés, sans aucun mélange d'éléments administratifs, l'autorité judiciaire est donc compétente.

Reconnaître que l'administration est obligée de céder aux riverains qui les réclament les parcelles abandonnées, ce n'est pas tout à fait reconnaître un droit réel au profit des riverains, et l'on pourrait au besoin comprendre qu'on admît la première proposition et qu'on rejetât la deuxième. Mais le système serait peu logique ; il n'y a, en effet, aucun lien personnel qui puisse expliquer cette obligation de vendre qui serait imposée à l'administration, il n'y a ni contrat, ni quasi-contrat, ni délit, ni quasi-délit, ni aucun autre fait juridique d'où puisse découler cette obligation ; c'est parce qu'ils ont une propriété contiguë à la parcelle abandonnée, et non pour une autre cause que la loi accorde aux riverains le droit de préemption ; ce droit est donc un attribut de la propriété riveraine ; il n'appartient qu'aux riverains et ne peut être transmis à une autre personne ; il a donc plutôt les caractères d'un droit réel que ceux d'un droit de créance.

Nous pouvons par conséquent conclure qu'il est opposable aux tiers acquéreurs qui ont traité avec l'administration, à la condition bien entendu qu'il ne soit pas éteint par une renonciation expresse ou tacite.

Ces solutions nous paraissent applicables aux chemins ruraux, car l'art. 17 de la loi du 20 août 1881 est conçu en termes presque identiques à ceux de l'art. 19 de la loi de 1836. Nous ne connaissons pas de décision sur la question.

On pourrait encore rapprocher de ces textes l'art. 60 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique qui, sur les parcelles expropriées et non employées, accorde un droit de préemption à leurs anciens propriétaires.

(b) Permission de voirie.

L'art. 98 de la loi du 5 avril 1884 décide « que les permissions de voirie à titre précaire sur les voies publiques qui sont placées dans les attributions du maire, peuvent, en cas de refus du maire non justifié par l'intérêt général, être accordées par le préfet. » C'est une innovation; dans la législation antérieure, le maire avait seul qualité pour prononcer, et ses décisions étaient définitives; il y eut des abus, et c'est pour y mettre un terme que la loi de 1884 permet aux préfets d'intervenir. Le contrôle du préfet ne s'exerce que sur le refus du maire; si le maire autorise, le préfet ne peut pas retirer l'autorisation. Le préfet n'a pas d'ailleurs, au cas de refus, un pouvoir sans limite; il ne peut revenir sur la décision du maire que si elle n'est pas justifiée par l'intérêt général. Mais qui sera juge de ce point? Ce ne peut être le maire, sinon la disposition nouvelle devient inutile, elle n'aurait d'autre résultat que d'amener le maire à affirmer que son refus se fonde sur l'intérêt général. On ne peut donc hésiter qu'entre deux solutions: ou bien donner au préfet la faculté d'apprécier souverainement les nécessités de l'intérêt général, ou bien reconnaître au Conseil d'État le droit de contrôler l'appréciation du préfet en permettant à la commune de se pourvoir contre l'arrêté préfectoral d'autorisation. La première solution est la plus conforme aux principes: l'appréciation des nécessités de l'intérêt général et, dans notre hypothèse, des besoins de la



voirie, est une question d'administration et non de juridiction. Ce sont donc les agents qui doivent être compétents ; la matière n'est pas du domaine des tribunaux. C'est ce qu'a admis le Conseil d'État par arrêt du 27 mai 1887<sup>1</sup> lorsque pour la première fois la question lui a été soumise ; nous pensons que cet arrêt fera jurisprudence.

#### IV.— *Domaine de l'Etat.*

(a) Sous quelle condition un meuble acquiert-il la domanialité publique ?

Philippe Pot, seigneur de La Roche, grand sénéchal et gouverneur de Bourgogne, député et orateur de la noblesse aux États généraux de 1484, fut inhumé dans l'église de l'abbaye de Cîteaux sous un mausolée qui est regardé comme l'une des œuvres les plus remarquables de l'art à cette époque. En 1791, les biens de l'abbaye furent vendus, mais le mausolée de Philippe Pot fut expressément réservé par l'administration concurremment avec d'autres objets dont la liste fut dressée par un professeur à l'école des Beaux-Arts de Dijon. Le mausolée fut acquis en 1808, par le comte Richard de Vesvrotte qui le transporta dans son hôtel où il se trouve encore. En 1886, l'État réclama le mausolée en se fondant sur ce que l'aliénation de 1808 était nulle, le mausolée faisant partie du domaine public. Cette demande, admise par le tribunal de Dijon, a été rejetée par la Cour d'appel de cette ville (Dijon, 3 mars 1886)<sup>2</sup>. Elle soulève la question très importante de savoir sous quelles conditions des meubles peuvent faire partie du domaine public.

On a soutenu quelquefois que le domaine public comprenait tous les biens qui sont livrés à l'usage public et tous ceux qui sont affectés à un service public<sup>3</sup>. Il n'y aurait d'ailleurs aucune distinction à faire entre les meubles et les immeubles, il faudrait seulement, surtout pour les meubles, que l'affectation à l'usage ou à un service public fût certaine et émanât de l'autorité compétente. Dans ce système, on doit se demander si les réserves insérées en 1791 par l'administration dans l'acte de vente des

<sup>1</sup> Rec., p. 421.

<sup>2</sup> Dall. 1887. 2. 253.

<sup>3</sup> Aubry et Rau, § 169. — Lyon, 19 déc. 1873., Dall. 76. 2. 89. — Paris, 12 juillet 1879, Dall. 80. 2. 97.

biens de l'abbaye de Cîteaux constituent pour les objets réservés une affectation régulière à l'usage ou à un service public, car on ne signalait aucun autre acte de l'administration s'appliquant au mausolée de Philippe Pot. Il nous semble certain que les réserves de l'acte de 1791 n'ont pas cette signification. Le décret du 28 octobre 1790, tout en ordonnant en principe la vente des biens nationaux, avait prescrit aux directoires de département et de district de faire l'inventaire des objets mobiliers qui faisaient partie de ces biens et de donner leur avis sur l'intérêt qu'il y avait à en conserver quelques-uns, le pouvoir législatif devait ensuite statuer définitivement. Les réserves insérées dans l'acte de 1791 par le directoire du district de Dijon ne constituent que l'exécution de cet ordre. Le directoire du district se borne en effet à distraire de la vente les objets qu'il indique; il ne prend aucune décision relativement à l'emploi ou à l'affectation future de ces objets; il n'aurait pu le faire s'il en avait eu l'intention, puisque le pouvoir central s'était réservé le droit de décider sur ce point. Les meubles distraits de la vente n'ont donc reçu aucune affectation spéciale et sont, par conséquent, restés dans le domaine privé de l'État.

Il y a plus; nous croyons qu'ils y seraient restés même en étant affectés à un service ou à l'usage public. La définition du domaine public est donnée par les art. 538 et 540 du Code civil, et il faut la prendre comme on la trouve dans ces articles, on ne peut rien y ajouter; car la domanialité publique entraînant l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité est une institution exceptionnelle qui sort de la réglementation normale du droit de propriété; il ne faut donc admettre son existence que dans les cas prévus par les textes. La définition des art. 538 et 540 est assez claire. Ils énumèrent quelques biens qu'ils indiquent comme faisant partie du domaine public, puis ils posent une règle générale à savoir que le domaine public comprend toutes les portions du territoire français qui ne sont point susceptibles de propriété privée. Les meubles affectés à l'usage ou à un service public ne rentrent dans aucun des biens énumérés, ils ne sont pas compris non plus dans la règle générale, car un meuble, voire même un mausolée, n'est pas une portion du territoire; ils ne font donc pas partie du domaine public.

La solution inverse serait non seulement contraire aux textes, mais encore injustifiable en pratique; il nous paraît impossible de déclarer inaliénables et surtout imprescriptibles tous les meubles affectés à l'usage ou à un service public, et si les meubles sont acquis par des tiers de bonne foi, il serait bien rigoureux de permettre la revendication contre eux, alors qu'aucun caractère apparent de l'objet n'a pu les mettre en garde contre la fraude dont ils sont victimes. Sans doute certains de ces meubles peuvent avoir une valeur artistique considérable et ils seront quelquefois de telle nature que la bonne foi du tiers-acquéreur sera bien difficile à admettre; à ces meubles nous comprendrions qu'on pût appliquer la règle de l'imprescriptibilité; mais c'est une situation exceptionnelle dont on ne peut pas tirer une règle générale.

La loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments et objets d'art modifie en partie le système que nous venons de défendre. Elle déclare en effet dans son art. 10 inaliénables et imprescriptibles les objets d'art appartenant à l'Etat qui auront été classés par le ministre compétent comme présentant un intérêt historique. Quant aux objets de même nature qui appartiendraient aux départements, aux communes ou aux autres établissements publics, leur aliénation est permise, la loi exige seulement qu'elle soit autorisée par le ministre de l'instruction publique. La prescription est toujours possible; elle est de 3 ans aux cas d'aliénation irrégulière ou de vol (art. 11 et s.).

(b) Les actes par lesquels l'Etat, les départements ou les communes remettent à un tiers un bien de leur domaine privé avec affectation à un usage déterminé sont-ils de la compétence de l'autorité judiciaire ou de l'autorité administrative?

Le Conseil d'Etat dans le courant de la présente année judiciaire a eu à s'occuper de cette question à propos de deux affaires qui offrent quelque intérêt.

*Première affaire.* — Immeuble de la rue Oudinot à Paris. En 1849 la ville de Paris voulant attirer sur son territoire les frères de la doctrine chrétienne, qui étaient établis à Lyon, leur proposa de leur céder un immeuble pour y établir leur maison principale.

La délibération du conseil général de la Seine faisant fonction de conseil municipal de Paris est à la date du 27 avril 1819 et porte que la congrégation des frères jouira de l'immeuble qui lui est concédé, tant qu'elle subsistera dans cet immeuble; cette délibération fut approuvée par l'ordonnance du 2 juin 1821 qui autorisa la commune à acheter l'immeuble qu'elle voulait mettre à la disposition des frères. Cet immeuble situé rue du faubourg Saint-Martin fut exproprié en 1847; le conseil municipal de Paris prit alors, à la date du 26 février 1847, une nouvelle délibération par laquelle il substitua à l'immeuble exproprié un hôtel situé rue Plumet (aujourd'hui rue Oudinot), et cette délibération fut approuvée par une ordonnance du 17 avril 1847. L'Institut des frères mis en possession du nouvel immeuble en jouit paisiblement jusqu'en 1881. A cette époque trois délibérations successives du conseil municipal de Paris en date des 15 mars 1881, 13 février et 13 mars 1882 ordonnèrent la désaffectation de l'immeuble de la rue Oudinot et ces délibérations furent approuvées par décret du 16 avril 1883. La congrégation n'accepta pas la décision du conseil municipal, elle s'adressa au tribunal de la Seine pour être maintenue en possession de l'immeuble qui lui avait été concédé. Par un jugement du 7 janvier 1885 le tribunal sursit à statuer « jusqu'à ce que l'autorité administrative compétente eût interprété : 1<sup>o</sup> l'ordonnance du 30 mai 1821, 2<sup>o</sup> l'ordonnance du 17 avril 1847, ensemble la délibération du conseil général de la Seine du 27 avril 1819 et celle du conseil municipal de la ville de Paris du 26 février 1847, sur le point de savoir si ces actes ont entendu garantir à l'Institut des frères la jouissance des immeubles qui lui ont été concédés pendant tout le temps qu'il lui conviendrait d'y maintenir son noviciat ou si au contraire la concession qui lui en a été faite est, eu égard aux termes de ces actes, révocable de la part de la ville de Paris par voie de simple désaffectation. » C'est en cet état de cause qu'une demande d'interprétation fut adressée au Conseil d'État par la Ville de Paris. Dans son arrêt du 17 juin 1887 <sup>1</sup> le Conseil d'État admit la demande en ce qui concerne les deux ordonnances ci-dessus citées et il décida que ces ordonnances sont des actes de tutelle

<sup>1</sup> Rec., p. 473.

administrative ayant pour unique objet d'habiliter la ville de Paris à donner suite aux délibérations dont elles autorisent l'exécution; quant à l'interprétation de ces délibérations elles-mêmes, le Conseil d'État se déclara incompétent par ce motif qu'elles ne constituent pas une affectation en vue d'un service public, mais un acte de gestion ordinaire dont l'appréciation n'appartient pas à l'autorité administrative.

La décision nous paraît exacte de tous points. En fait il est incontestable que la ville de Paris n'avait pas affecté l'immeuble de la rue du faubourg St.-Martin et plus tard celui de la rue Oudinot à un service public, car ces immeubles avaient été concédés aux frères des écoles chrétiennes pour y installer leur maison principale et leur noviciat qui bien évidemment ne constituent pas un service public; sans doute la ville de Paris attirait les frères chez elle en vue des services qu'ils pouvaient rendre à l'enseignement primaire, mais c'était là le but lointain et éventuel de l'opération qui doit être appréciée d'après ses résultats certains et immédiats; aucune école communale n'a d'ailleurs jamais existé rue Oudinot, les frères instituteurs publics n'y ont jamais été logés. Nous nous trouvons donc en présence d'une affectation qui ne se rattache pas directement à l'administration des intérêts publics et qui constitue un acte de gestion ordinaire du domaine privé de la commune; par conséquent l'autorité judiciaire est compétente.

On voit que nous donnerions une solution différente si l'affectation était relative à un service public; mais l'examen de la deuxième affaire que nous avons annoncée va nous amener à discuter la question.

*Deuxième affaire.* — Immeuble domanial d'Izeure.

Le domaine d'Izeure appartenant à l'État, avait été, par une ordonnance du 25 décembre 1822, mis à la disposition de l'évêque de Clermont pour être affecté aux écoles ecclésiastiques du futur diocèse de Moulins qu'on se proposait de détacher du diocèse de Clermont. L'ordonnance fut exécutée, le grand et le petit séminaire du diocèse de Moulins furent installés dans le domaine qui tout naturellement passa sous l'administration du chef du nouveau diocèse. Cette situation persista jusqu'en 1880,

à cette époque un décret du 31 juillet 1880 rapporta l'ordonnance de 1822 et affecta le domaine d'Izeure à une école normale supérieure d'institutrices. L'évêque de Moulins protesta contre ce décret et s'adressa au juge des référés pour être maintenu en possession ; le tribunal de Moulins statuant à l'état de référé se déclara incompétent et, sur l'appel de l'évêque, le conflit fut élevé.

Si l'on analyse avec soin les difficultés de l'affaire, on voit qu'il y avait trois questions à résoudre : 1° Quels sont les rapports que l'ordonnance de 1822 a établis entre l'État et l'évêque de Moulins ; celui-ci n'a-t-il qu'une concession révocable ? — 2° Quelle est l'autorité compétente pour résoudre cette question ? — 3° En tout cas le décret de 1880 n'est-il pas un acte administratif dont le contrôle échappe à l'autorité judiciaire ?

Ce n'est que cette troisième question qui fut posée au tribunal des conflits, et il la résolut affirmativement par décision du 22 décembre 1880<sup>1</sup>. Le doute d'ailleurs n'est guère possible ; c'est dans l'intérêt de l'enseignement public que l'affectation du domaine est changée ; c'est pour installer une école dont la création est ordonnée par la loi que le président de la République veut reprendre l'immeuble concédé ; il y a là évidemment un fait d'administration publique et non un acte de gestion privée ; le principe de la séparation des pouvoirs doit recevoir son application.

La décision du tribunal des conflits ne disait pas que le décret du 31 juillet 1880 était régulier et légal et devait recevoir son exécution ; il se bornait à affirmer qu'on ne pouvait le discuter que devant la juridiction administrative. L'évêque de Moulins aurait donc pu se pourvoir devant le Conseil d'État et il aurait été alors amené à discuter les deux premières questions. Il ne crut pas devoir prendre cette voie ; il exécuta le décret et se contenta de demander une indemnité.

Il fonda notamment sa demande sur le fait qu'il avait exécuté dans le domaine des impenses utiles d'une valeur considérable. Le ministre de l'instruction publique admit qu'il était en effet équitable d'allouer une indemnité de ce chef et à la suite d'un compromis, accepté par le ministre au nom de l'État, des arbitres fixèrent le montant de cette indemnité à la somme de 560, 910 fr. ;

<sup>1</sup> Dall. 82. 3. 25.

mais la Chambre refusa les crédits nécessaires au paiement. L'évêque de Moulins recourut alors au tribunal civil et demanda que l'Etat fût condamné à payer la somme fixée par les arbitres et subsidiairement qu'il fût tout au moins condamné à lui tenir compte des impenses utiles, d'après les calculs à faire par le tribunal, s'il était jugé que le compromis ne liait pas l'Etat. L'évêque formait en outre contre le ministre personnellement des demandes en dommages-intérêts et en répétition des frais du compromis sur lesquelles nous n'insisterons pas, la question étant peu importante.

Le tribunal se déclara incompétent pour la demande principale, mais il retint la demande subsidiaire en décidant cependant qu'il surseoirait à l'examen de cette demande jusqu'à ce que l'autorité compétente eût statué sur la validité du compromis. Le conflit fut élevé au sujet de cette déclaration de compétence, mais le tribunal des conflits donna raison au tribunal civil par une décision du 3 juillet 1886 <sup>1</sup>.

Nous ne pouvons approuver cette décision. Elle est fondée sur cette considération : que toute demande formée pour des travaux de construction et amélioration par un possesseur de bonne foi doit être appréciée par l'autorité judiciaire. La maxime est peut-être exacte quoiqu'elle nous inspire quelques doutes, mais elle n'est pas applicable dans notre espèce. L'évêque de Moulins n'était pas, vis-à-vis de l'Etat, un possesseur de bonne foi; ajoutons que ce n'est pas non plus un possesseur de mauvaise foi. Il faut, dans notre hypothèse, laisser de côté l'art. 555, Civ., qui ne s'applique que quand il n'existe aucun rapport juridique entre le constructeur et le propriétaire. L'Etat et l'évêque de Moulins sont liés par l'ordonnance de 1822; c'est elle qui est leur loi; c'est d'après ses termes que doivent être réglées toutes les difficultés qui s'élèvent relativement à leurs rapports au sujet de l'immeuble concédé. Pour savoir si la concession est révocable, si l'Etat s'est engagé à indemniser le concessionnaire de ses impenses, et dans quelle mesure, il faut donc consulter l'ordonnance de 1822 et l'interpréter. Or cette interprétation ne peut appartenir qu'à l'autorité administrative, car l'ordonnance

<sup>1</sup> Dall. 87. 3. 121.

n'est pas un acte de gestion du domaine privé. C'est une affectation d'un bien à un service public. Le gouvernement voulait préparer l'érection d'un nouveau diocèse en organisant les services scolaires de ce diocèse; c'est là bien évidemment une mesure d'administration publique, dans l'exécution de laquelle l'autorité judiciaire ne peut pas s'immiscer; c'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence avait jusqu'à présent toujours résolu la question, à tel point que l'ouvrage le plus récent qui s'en occupe considère la solution que nous défendons comme n'ayant jamais fait doute <sup>1</sup>.

A la suite de la décision du tribunal des conflits l'évêque de Moulins saisit le Conseil d'Etat de la question de validité du compromis consenti par le ministre. Devant cette juridiction M. le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt conclut à son incompétence et ses conclusions nous paraissent motivées d'une façon irréfutable. Il fait tout d'abord remarquer que la question n'a pas été tranchée par le tribunal des conflits qui n'avait à contrôler, et qui n'a en fait contrôlé que les affirmations de compétence émanées de l'autorité judiciaire, il n'a pas eu à statuer sur les restrictions que cette autorité s'était elle-même imposées. Ces restrictions sont contraires à toute logique; puisqu'il est définitivement jugé dans l'espèce que la connaissance de l'action en indemnité, formée par l'évêque contre l'Etat, appartient aux tribunaux judiciaires, il faut conclure que ces tribunaux sont aussi compétents pour tous les incidents de la question, à moins qu'il n'y ait des motifs particuliers de donner ces incidents à l'autorité administrative. Mais où trouverait-on ces motifs pour l'incident du compromis? Ce ne peut être dans la forme de cet acte qui est essentiellement judiciaire à tel point qu'elle n'a aucune analogie dans la procédure administrative; ce compromis est en outre intervenu au cours d'une instance pendante devant un tribunal civil; enfin il a pour but de terminer une difficulté dont la solution a été jugée appartenir aux tribunaux civils; il est par conséquent impossible de trouver le moindre prétexte à l'intervention de la juridiction administrative.

Contrairement à ces conclusions, le Conseil d'Etat a gardé la

<sup>1</sup> Laferrière, *Jurisdiction administrative*, t. I, p. 556.



connaissance de l'affaire, sans donner cependant les motifs de sa détermination ; il n'avait pas en effet à se prononcer expressément sur la question de compétence qui n'était pas soulevée par les parties. Nous le regrettons, et nous n'aurions pas été fâché de voir comment le Conseil pouvait concilier sa décision avec celle du tribunal des conflits qui a, dans l'affaire, autorité de chose jugée. Quoi qu'il en soit, l'arrêt du 23 décembre 1887<sup>1</sup> a annulé le compromis ; en l'état de la cause, cette nullité ne pouvait faire doute (art. 1004 et 83-1<sup>o</sup>, C. proc. civ.).

BRÉMOND.

## DE L'INDEMNITÉ A ALLOUER AUX INDIVIDUS INDUMENT CONDAMNÉS OU POURSUIVIS EN MATIÈRE CRIMINELLE, CORRECTIONNELLE OU DE POLICE,

Par M. Henri PASCAUD,  
Conseiller à la Cour d'Appel de Chambéry,

Mémoire lu au Congrès des sociétés savantes à Paris, le 24 mai 1888.

Dans le programme des sujets à traiter devant le congrès des sociétés savantes en 1888 figure, sous le numéro 6 à la section économique et sociale, la question suivante : « Examiner s'il n'y aurait pas lieu d'assurer, en France, par voie législative, une indemnité aux personnes poursuivies et condamnées à tort en matière criminelle, correctionnelle ou de police. Rechercher ce qui a été fait ou tenté dans cette voie à l'étranger. » Ce n'est pas d'aujourd'hui que ce problème s'est imposé à l'attention des criminalistes, des hommes d'État et des législateurs. A leur suite nous nous proposons de le soumettre encore une fois à une étude approfondie. L'intérêt des victimes des erreurs judiciaires, l'intérêt de la société elle-même nous font un devoir de ne rien négliger pour que notre examen soit aussi complet que possible au triple point de vue des principes, des précédents doctrinaux, historiques et législatifs, ainsi que des moyens d'application propres à assurer à une réforme devenue nécessaire le caractère pratique sans lequel elle serait dédaigneusement repoussée comme une chimérique innovation.

Il en est de la justice criminelle comme de toutes les institu-

<sup>1</sup> *Revue d'administration*, 1888, t. 1, p. 336.

tions humaines, elle est sujette à l'erreur, nous devons le reconnaître, quelque pénible que soit cet aveu. Si consciencieux que puissent être les tribunaux répressifs, si expérimentés que se montrent les magistrats qui dirigent l'action publique ou l'information, il arrive parfois qu'ils se trompent dans l'accomplissement de leur difficile mission et qu'alors se produisent ces condamnations, ces poursuites imméritées qui, en frappant l'innocence, constituent plus qu'un malheur privé, un véritable malheur public. Sans doute les institutions et les hommes sont essentiellement perfectibles et tout permet de croire que les erreurs judiciaires deviendront de moins en moins fréquentes. Voilà ce que nous sommes légitimement en droit d'espérer. Mais hélas ! ces douloureuses conséquences de l'action de la justice sociale ne sont pas destinées à disparaître entièrement dans un avenir plus ou moins éloigné, quelque grands que puissent être les progrès dont notre civilisation est si fière. L'homme en effet est d'une nature faillible ; il prend des vraisemblances pour des vérités acquises, des présomptions pour des preuves et la conscience humaine, obscurcie par la passion et les préjugés, par les défaillances du témoignage, est trop souvent impuissante à discerner le vrai et le juste dans les affaires criminelles. C'est ainsi qu'il y a de longues années Lesnier, accusé du double crime d'assassinat et d'incendie, a été condamné aux travaux forcés grâce aux machinations d'une population coalisée pour sauver le véritable criminel, grâce surtout aux déclarations mensongères d'une femme qui, pour se faire pardonner par son mari, l'assassin et l'incendiaire, l'adultère qu'elle a commis, a livré sans remords son complice au châtement qu'il ne mérite pas. C'est ainsi qu'en 1887, dans la Savoie, l'assassinat d'un sieur Chevrot par le nommé Grange, avec la complicité de la femme de la victime dont il était l'amant, a amené l'arrestation de quatre personnes, toutes reconnues plus tard innocentes. Une d'elles n'a été détenue que trois jours, mais deux autres ont subi une incarcération préventive de 43 et 44 jours, mais une dernière, le sieur Brunier-Coulon, est restée 56 jours en prison, et, sous le coup de l'horrible prévention qui pesait sur lui a tenté de se donner la mort. Il n'y avait à leur imputer aucune faute qui eût provoqué les pour-

suites. Leurs relations avec la victime ou les assassins avaient seules déterminé leur arrestation. Ne sont-ce pas là des faits déplorables qui appellent d'autant plus une réparation que les besoins de la répression exigent plus de rapidité dans les poursuites ?

En matière de crime ou même de délit grave, en effet, l'intérêt social veut que la justice agisse avec promptitude afin d'empêcher que les preuves disparaissent et que le coupable prenne la fuite. Le magistrat instructeur, tenu par suite des nécessités répressives de constater à la hâte les indices propres à établir la culpabilité, obligé d'entendre les témoins qui peuvent le mettre sur la trace de la vérité, alors qu'il n'a pas toujours le temps et les moyens de contrôler l'exactitude de leurs déclarations, sera, sans contredit, exposé à se tromper. Il lui arrivera presque fatalement de faire arrêter préventivement des individus qui lui paraîtront coupables tout d'abord et dont l'innocence sera plus tard reconnue. Ce sont là des conséquences regrettables de l'action de la justice, moins rares encore que les condamnations imméritées, et qui s'expliquent aisément par l'imperfection des moyens d'information dont elle peut disposer.

Quelle conclusion faut-il tirer de ces tristes constatations ? c'est qu'il y a lieu de remédier, dans la mesure du possible, aux maux que l'on ne peut prévenir, c'est que l'on doit allouer une indemnité à ceux qui ont subi des condamnations dont un procès en révision a démontré l'injustice, ainsi qu'aux individus acquittés ou relaxés par ordonnances ou arrêts de non-lieu après incarcération préventive.

Sans doute, on devra tenir compte des divers éléments qui, dans chaque espèce, seront de nature à restreindre ou à étendre l'obligation d'indemnité qui grèvera la société et l'État. Il y aura là plus d'une question difficile à trancher, plus d'un problème délicat à résoudre. Est-ce à dire qu'il faille, à raison des complications que présentera la solution à intervenir, ajourner indéfiniment encore une mesure de réparation réclamée depuis un siècle par les meilleurs esprits ? Nous ne le croyons pas. Mais, disait en 1867 M. le garde des sceaux Baroche, dans la discussion relative à la révision des procès criminels et correctionnels, alors

qu'Émile Ollivier et Jules Favre réclamaient des dommages-intérêts au profit de ceux dont la condamnation serait reconnue imméritée : « Cela ne s'est jamais fait. » A cette affirmation qui, d'ailleurs, est inexacte, nous répondons : il faut que cela se fasse désormais dans l'intérêt de la justice et de la société, non-seulement lorsque des condamnations iniques auront été subies, mais encore lorsqu'un acquittement ou une décision portant qu'il n'y a pas lieu à suivre seront intervenus. Aussi bien, semble-t-il que l'équité et le droit sont d'accord pour justifier la réparation d'un préjudice qu'auront causé peut-être la faute, en tous cas l'intérêt de la communauté sociale.

Depuis 1789, toutes nos constitutions proclament les droits du citoyen à la liberté individuelle, à la libre disposition de sa personne, de son activité, de ses moyens de travail. Qu'un crime, qu'un délit grave viennent cependant à être commis, et ce citoyen qui paraît entouré de tant de garanties va, sur un simple soupçon de culpabilité, être privé de cette liberté qui est sa chose et son bien personnel, être enlevé à sa famille, à ses occupations, à ses affaires au préjudice de ses intérêts les plus chers et les plus considérables. En vain il nie les faits qu'on lui impute, les circonstances lui sont défavorables, la voix publique l'accuse, il a mauvaise réputation. Au nom de la sécurité publique et des nécessités de la répression, son arrestation est ordonnée. Le voilà pour de longs jours, pour de longs mois peut-être, emprisonné loin des siens, en proie aux tortures morales que lui causent sa pénible situation et la recherche des moyens propres à faire reconnaître son innocence, en contact forcé avec des malfaiteurs qui raillent et insultent sa douleur. Son incarcération va réduire sa famille à la misère ou tout au moins la priver de ses principales ressources. Après un délai assez prolongé, il est mis en liberté à la suite d'une ordonnance de non-lieu. Ne serait-il pas inique que cet homme qui a supporté tant de souffrances dans l'ordre moral et matériel, dont la détention préventive a eu, en ce qui touche les siens, des résultats si cruels, ne pût obtenir de la société la réparation du préjudice qu'il a éprouvé?

C'est cependant ce qui arrive tous les jours. Notre législation est impitoyable pour l'individu renvoyé des poursuites parce

qu'il n'y a pas lieu à suivre contre lui. Il rentre à son domicile en butte aux soupçons malveillants de ses voisins qui le croient coupable et n'admettent pas qu'en le poursuivant la justice ait pu se tromper. Ses modestes économies, ses modiques ressources ont été absorbées pendant son incarcération, c'est à grand peine qu'il peut pourvoir à sa subsistance et à celle de sa famille. Qu'importe à la société? Un de ses représentants, M. Dumon, député, n'a-t-il pas, dans son rapport sur le projet de révision du Code pénal en 1832, proclamé ce singulier axiome de droit social : « L'emprisonnement préalable est un tribut que chacun paie à la sécurité de tous; l'innocent qu'une détention préventive a frappé ne peut obtenir aucune réparation. » Ce langage est de nature à susciter d'énergiques protestations, il n'a pas empêché un certain nombre de criminalistes et de magistrats contemporains de soutenir le droit à l'indemnité au bénéfice des personnes relaxées des poursuites après emprisonnement.

Si l'individu qui se trouve dans ce cas mérite d'être indemnisé, il en est d'autres qui, plus que lui encore, sont dignes d'intérêt. Combien est plus douloureuse la situation de celui qui, après avoir été soumis aux débats publics, finit par être acquitté, de celui surtout qui frappé d'une condamnation injuste qu'il a été obligé de subir, fait plus tard constater son innocence dans un procès en révision ! Ce n'est plus seulement dans le cabinet d'un juge d'instruction, loin de tous témoins, que le premier doit répondre à des questions multipliées sur sa moralité, ses habitudes et sa prétendue participation au fait incriminé, c'est en audience publique et en présence d'un auditoire souvent hostile qu'il est tenu d'expliquer sa conduite, ses démarches, ses actes. Le doute et l'incertitude le torturent, il est en proie à de cruelles émotions, et malgré l'acquiescement qui met fin aux poursuites, l'épreuve à laquelle on l'a soumis ne laisse pas d'être très pénible. Mais ses souffrances ne sont que bien peu de chose en comparaison de celles qu'éprouve l'innocent injustement condamné. L'esprit se refuse à les concevoir, la plume à les décrire. Comprend-on ce qu'il y a de poignant dans ce fait d'une condamnation imméritée, qui vous frappe sans motif appréciable, sans remède probable et vous livre sans défense au mépris public ? Ah ! c'est à douter de

la justice et de la vérité ! Si à ces tourments se joignent la perspective de la détresse où vont tomber la femme et les enfants que l'on aime plus que tout au monde et la perte absolue de l'espoir que dans un avenir plus ou moins éloigné, on pourra faire réviser l'inique sentence, rien si ce n'est peut-être l'enfer de Dante avec ses inexorables rigueurs et sa devise : « *Lasciate ogni speranza, voi che intrate,* » ne peut donner une idée du supplice infligé à l'innocent. Et c'est en présence de cet incommensurable préjudice que la société et la loi se récuseraient, lorsqu'il s'agirait d'accorder après un procès en révision une réparation aux victimes infortunées des erreurs judiciaires ! Non, cela n'est pas possible et la conscience publique se révolterait plutôt que de tolérer longtemps encore d'aussi criantes injustices.

Au point de vue juridique, la réforme que nous voulons introduire dans nos lois s'appuie sur les plus sérieuses considérations de principe. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rendre compte de ce qu'ont été, de ce que sont les droits de l'homme vivant en société.

A l'origine de toute organisation sociale, les citoyens lésés par un crime ou par un délit avaient le droit d'en tirer vengeance et réparation. C'est en effet un principe de droit naturel qu'il appartient à tout homme de veiller à sa sûreté et de protéger ses intérêts. En l'absence d'un pouvoir social qui pût assumer la défense de ses droits, chaque individu était obligé de les défendre lui-même et l'intérêt individuel n'avait d'autres garanties que celles que chacun réclamait et obtenait pour soi-même. Peu à peu des associations humaines se formèrent et soutinrent les droits de leurs membres, l'individualisme en se restreignant fit place à la solidarité de la famille et de la tribu qui, dès lors, eurent mission de protéger et de venger ceux qui en faisaient partie. Plus tard, la famille et la tribu elle-même s'absorbèrent dans ces collectivités plus étendues que l'on a appelées des nations et, à la solidarité familiale ou de la tribu, fut substituée la solidarité sociale. Désormais la vengeance individuelle n'eût plus de raison d'être, ce fut la justice rendue par la société au profit de ceux qui en étaient membres qui prit heureusement sa place. Chacun dut renoncer d'une manière plus ou moins expli-

cite, plus ou moins volontaire, à l'exercice de son droit dans l'intérêt de la sûreté de tous et de la sienne propre : de la sorte, il acquit des droits à la protection de tous, aux garanties sociales en vertu desquelles le citoyen dans tout État régulièrement organisé ne saurait être troublé impunément par qui que ce soit dans sa sécurité, sa personne ou ses biens.

Dans ces conditions, la société doit-elle encourir la responsabilité des fautes qu'elle peut commettre en exerçant des poursuites et en prononçant des condamnations, au même titre que l'auraient encourue, en cas d'agissements injustes, les individus aux droits desquels elle a été subrogée? N'est-elle pas plus que responsable, garante au sens exact du mot, de la sécurité qu'elle s'est engagée à procurer aux citoyens, et par conséquent tenue envers eux à une réparation, qu'il s'agisse du fait d'un tiers ou d'un trouble dont elle-même serait l'auteur? Enfin, la renonciation des individus à leur droit personnel implique-t-elle au profit de la société l'abandon absolu de tout recours contre celle-ci, lorsque des mesures prises dans l'intérêt général ont eu pour conséquence de léser des intérêts particuliers? Ce sont là de graves questions qui auront sur la solution à intervenir une influence considérable.

Tout d'abord, il n'est pas douteux en droit que l'on est responsable des conséquences de ses fautes. Ce principe, avant d'être formulé dans les lois positives, était inscrit dans la conscience de tous les peuples. Si donc les actes d'une personne sont le résultat de son imprudence, de sa légèreté, de sa négligence, de l'abus d'un droit, de l'omission d'un devoir et de l'inobservation de la loi, la responsabilité de cette personne sera incontestablement engagée et il y aura lieu à une réparation. Notre législation criminelle fait l'application de cette règle à la justice civile et au dénonciateur qui succombent. Ils peuvent être condamnés à des dommages-intérêts envers les individus qu'ils ont indûment poursuivis et dénoncés (art. 159, 191, 358 du Code d'instruction criminelle). Pourquoi refuserait-on d'appliquer ce principe à la société qui, ainsi que nous l'avons vu, se trouve substituée aux droits individuels et dont l'action comporte la même étendue et les mêmes restrictions que ces droits?

Pour nous, nous admettons sans difficulté que l'Etat qui représente la société est tenu de réparer les fautes qu'il a commises en exerçant des poursuites à tort, en prononçant des condamnations injustes par l'organe de ses délégués. Mais pour qu'il supporte une responsabilité quelconque, il ne suffira pas que des erreurs judiciaires se soient produites, il faudra que ces erreurs lui soient juridiquement imputables. Est-il besoin de dire que dans bien des cas il n'en sera pas ainsi? Supposons que les magistrats instructeurs aient apporté tout le soin requis à l'élaboration de leurs informations, que les membres du parquet aient dirigé l'action publique et soutenu l'accusation avec la prudence et la circonspection nécessaires, que les juges ou les jurés aient examiné l'affaire avec toute l'attention dont ils sont capables, que les autres délégués à un titre quelconque du pouvoir social n'aient commis aucun acte irrégulier ou abusif et que néanmoins un innocent ait été poursuivi et condamné. Ce sera un fait regrettable, mais la société devra échapper à toute responsabilité, puisque ses divers agents auront fait leur devoir. S'ils se sont trompés, c'est qu'un fatal concours de circonstances les a induits en erreur, c'est, par exemple, que des témoins de mauvaise foi leur ont fait de fausses déclarations que rien ne permettait de suspecter, c'est encore parce que la faiblesse de notre nature les a empêchés de se mettre en garde contre les entraînements de l'opinion publique égarée et de discerner la vérité que leur dissimulaient de spécieuses présomptions.

Ce n'est donc pas sur le principe de la responsabilité de droit commun, sauf les cas exceptionnels, que peut se fonder en tout état de cause le droit à l'indemnité. Aussi ses partisans invoquent-ils en sa faveur cette espèce de responsabilité sociale établie autrefois à l'encontre des communes par la loi de vendémiaire an IV et encore aujourd'hui maintenue dans la loi municipale du 5 avril 1884 (art. 106, 107 et 108). En vertu de ces dispositions, les communes sont civilement responsables des crimes ou délits commis à force ouverte ou par violence sur leur territoire par des rassemblements armés ou non armés. Mais leur responsabilité cesse, lorsqu'elles peuvent prouver qu'elles ont pris toutes les mesures en leur pouvoir pour prévenir les rassemblements. Cette



législation spéciale diffère du droit commun en ce qu'elle édicte contre les communes une présomption de faute ; c'est donc à celles-ci qu'incombe la charge d'établir qu'elles ont employé toutes les précautions requises pour empêcher les attroupements. Mais, en somme, c'est toujours de l'idée de faute que dérive le droit à une réparation pour les victimes des troubles populaires. Y aurait-il lieu, dans l'intérêt des personnes injustement poursuivies et condamnées, de réputer la société en faute, sauf à elle à prouver que ses agissements sont à l'abri de tout reproche ? Nous ne le croyons pas, si intéressante que soit la cause que nous défendons. Une présomption légale de faute ne doit s'édicter législativement que dans les circonstances exceptionnelles où l'ordre public est compromis, sinon on arrive à des conséquences exorbitantes. Dans le cas dont il s'agit, alors que bien souvent la société n'aura rien à se reprocher, n'ouvrirait-on pas la porte à des abus qui seraient la condamnation inévitable du droit à l'indemnité ?

Ceci nous amène à examiner la seconde question que nous avons posée. En vertu du contrat reproduit ci-dessus, la société est tenue de procurer aux citoyens qui ont renoncé à son profit à leurs droits individuels, la sécurité dans leur personne et leurs biens, et cela, d'une manière générale, sans aucune exception, que la cause du trouble apporté à cette sécurité provienne des agissements d'un tiers ou des siens propres. On ne s'explique pas, d'ailleurs, comment il aurait pu en être autrement. Comprendrait-on que l'individu eût fait le sacrifice absolu de ses moyens de défense à la société sous la seule condition qu'elle le protégerait contre les autres membres du corps social, sans lui donner aucune garantie contre elle-même dans le cas où l'exercice de son redoutable pouvoir lèserait indûment sa personne ou ses intérêts ? Entre le pouvoir social et le citoyen, il existe donc des obligations synallagmatiques à l'exécution desquelles aucun des contractants ne saurait se soustraire. Si la société est en droit d'exiger de l'individu le respect du pacte social et de la loi, ce dernier, en revanche, est fondé à revendiquer tous les avantages que ce respect doit lui assurer, et lorsqu'il en est privé autrement que par sa faute, il a droit à la réparation du préju-

dice résultant de cette privation. Ainsi donc, toutes les fois qu'il sera établi que les citoyens ont violé la loi, ils seront à juste titre punis et frappés, mais lorsqu'au contraire il sera prouvé qu'ils l'ont observée, ce qui arrivera dans le cas de poursuites ou de condamnations imméritées, ils seront fondés à exercer un recours contre cette société qui aura méconnu ses obligations à leur égard et à se faire indemniser par elle du dommage qu'il auront éprouvé.

La réparation à laquelle peuvent prétendre les victimes des erreurs judiciaires aurait ainsi une origine contractuelle. Par suite, dans la rigueur du droit, c'est l'Etat qui devrait prouver que l'individu injustement poursuivi ou condamné a provoqué par sa faute les poursuites ou la condamnation dont il a été l'objet. En fait, c'est bien lui, d'ailleurs, qui administrera cette preuve, puisque ce sont les membres des parquets et les magistrats instructeurs qui réunissent dans les dossiers criminels les éléments de conviction destinés à établir l'innocence et la culpabilité, puisque les juridictions de jugement s'approprient ces éléments ainsi que les documents et preuves de la partie civile, qu'enfin c'est la Cour de cassation qui statue sur l'admissibilité des demandes en révision des procès criminels et correctionnels. Tous ces membres de l'ordre judiciaire sont à des titres divers les représentants de l'Etat : il est donc vrai de dire que la preuve sera à la charge du pouvoir social, puisqu'elle résultera des actes de ses délégués. De son côté, le demandeur en indemnité aura le droit de présenter ses moyens, nul ne saurait le lui refuser et il arrivera toujours que les deux parties engagées dans l'instance s'efforceront de contribuer en commun à la démonstration de la vérité. Le caractère contractuel de l'indemnité avec le renversement de la preuve qu'il comporte n'a donc pas ici l'importance qu'il peut présenter, lorsqu'il s'agit d'une action en dommages-intérêts introduite par l'ouvrier contre le patron en cas d'accident.

Mais, dira-t-on, en échange de la protection générale que lui accorde la société, l'individu a virtuellement sacrifié ses droits personnels et a renoncé implicitement à toute réparation, lorsque les poursuites ordonnées ou la condamnation prononcées contre

lui dans le but de maintenir la sécurité publique l'ont troublé dans sa sécurité personnelle, dans sa liberté et dans son honneur. Cette prétendue renonciation au droit si légitime de se faire indemniser d'un dommage que l'on n'a pas provoqué par ses propres actes est bien extraordinaire et bien peu conforme à la nature humaine. Depuis quand, en effet, lorsqu'on fait appel à un protecteur, consent-on à ce que, dans certaines circonstances données, il fasse litière de tous vos droits et devienne ainsi votre oppresseur? L'histoire constate que nombre de peuples ont été conquis, opprimés par d'autres nations dont ils avaient demandé le secours contre leurs ennemis, mais on n'a jamais invoqué pour ratifier ces abus de la force le consentement tacite des victimes. Pourquoi ce qui est vrai des êtres collectifs, ne serait-il pas vrai également en ce qui concerne les individualités? En face de cette puissance nouvelle qui pouvait lui donner la sûreté, mais aussi anéantir tous ses droits, en face de la société, l'homme des âges primitifs avec son indépendance et sa fierté natives n'a pu sacrifier absolument ce qu'il avait de plus cher au monde, sa personne et sa liberté, sans se réserver comme une suprême compensation le droit d'obtenir la réparation du préjudice qui lui aurait été indûment causé par ce pouvoir social auquel il consentait seulement à se soumettre.

On soutient, il est vrai, que toute organisation sociale constituant un mélange de bien et de mal qu'il faut accepter, sauf à s'efforcer de réduire le mal aux plus minimes proportions et d'augmenter la somme du bien autant que possible, le contrat intervenu dans ces conditions entre l'individu et la société a été nécessairement consenti avec les garanties restreintes qu'elle peut offrir, étant données les causes d'erreur auxquelles elle est exposée. Aussi, quand la bonne foi de l'État n'est pas mise en suspicion, en conclut-on comme M. Worms, correspondant de l'Institut, dans la communication qu'il a faite à ce corps éminent sous ce titre « De l'État au regard des erreurs judiciaires », que les citoyens qui ont contracté avec la société, « auront obtenu d'elle ce qu'elle pouvait donner, ce qu'ils en attendaient, en envisageant ses erreurs éventuelles comme des cas fortuits, des cas de force majeure et en ne lui en demandant pas plus

compte, que l'art. 1382 ne permet de demander des comptes à l'auteur d'un fait même dommageable qui serait arrivé sans sa faute. » A cela nous répondrons que comme personne après tout n'a une connaissance directe des conditions plus ou moins tacitement stipulées par l'homme primitif et par la société, c'est dans le sens le plus juste, le plus rationnel, le plus en rapport avec les droits respectifs des contractants qu'il faut les interpréter, et à cet égard nous croyons que notre interprétation est conforme à la vraisemblance et aux probabilités. Les renonciations à un droit ne se présument pas et, en l'absence de faits topiques dont on puisse les faire découler, on ne saurait les considérer comme établies.

A ceux qui se refuseraient à admettre comme fondement du principe de l'indemnité l'obligation qui incombe à la société de garantir les citoyens contre tout trouble à leur sécurité, nous dirons : il est aisé de vous donner satisfaction. Les causes justes ont plus d'un argument au service de leur défense. Pourquoi n'admettriez-vous pas que la société est tenue d'indemniser les individus des sacrifices qu'elle impose à quelques-uns dans l'intérêt de tous ?

Cette règle a été admise dans d'assez nombreuses dispositions de nos lois. C'est ainsi que lorsque l'État, le département ou la commune ont besoin pour l'exécution de travaux publics d'occuper momentanément une propriété ou de déposséder irrévocablement celui à qui elle appartient, on alloue une indemnité pour occupation temporaire (Loi du 16 septembre 1807 et décret du 6 mars 1868), ou pour expropriation (Lois des 21 mai 1836 et 3 mai 1841). Dans le cas d'éviction d'un bail même, l'industriel ou le commerçant au détriment duquel elle a été pratiquée a le droit d'être indemnisé. L'expert qui est commis pour prêter son concours à une information criminelle, le témoin qui est requis d'aller déposer devant les tribunaux répressifs, le juré que le sort a désigné pour siéger aux assises reçoivent une indemnité. Cette allocation est plus ou moins considérable, peu importe, il est hors de doute qu'elle est conforme à la justice.

En l'accordant dans ces divers cas, notre législation s'est inspirée de cette idée vraiment équitable que le sacrifice exigé dans

l'intérêt général ne cesse de donner lieu à une indemnité au profit des individus que quand il frappe l'universalité des citoyens sans exception. Il en est ainsi, par exemple, du service militaire qui pèse d'une façon permanente sur tous les membres du corps social dans les conditions fixées par la loi. Mais lorsqu'un mal accidentel est causé par la société dans un intérêt public à certaines personnes déterminées, lorsque quelques individus seulement sont lésés par des mesures prises dans le but d'assurer la sécurité de tous, il serait de la dernière injustice de leur refuser la réparation du préjudice que ces mesures leur ont fait éprouver. De quel droit agirait-on ainsi envers les personnes qui ont été expropriées de leur vie et de leur liberté, alors que celles qui ont subi l'expropriation de leurs immeubles doivent être indemnisées? Dira-t-on par hasard que le principe sur lequel nous nous fondons comporte des exceptions, qu'en matière de servitudes d'utilité publique, spécialement de servitudes militaires, les restrictions dommageables imposées au droit de propriété ne donnent ouverture à aucune indemnité? Le fait est vrai, mais il constitue une exception à la règle et, d'ailleurs, il n'a pas la portée qu'on lui attribue. La constitution des servitudes dont s'agit n'entraîne en effet aucune dépossession et n'a d'autre conséquence que de limiter la jouissance de la propriété. En est-il de même au cas de condamnation à mort, aux travaux forcés, à l'emprisonnement et la victime de l'erreur judiciaire n'est-elle pas dépossédée de la vie et de la liberté, les biens les plus précieux qui soient dévolus à l'homme?

M. Worms estime cependant qu'il n'y a pas d'assimilation possible entre l'expropriation et la perte de la vie ou de la liberté. « Dans l'expropriation ordinaire pour cause d'utilité publique, dit-il, l'État ne sort de son inaction que parce que cela lui convient, parce qu'il y voit présentement, tout bien considéré, un avantage pour la chose publique. Que si l'intérêt privé ne doit pas alors faire obstacle aux entreprises commandées par l'intérêt général, il n'y a pas cependant non plus de raison pour que l'intérêt privé soit sacrifié à l'intérêt général sans une compensation correspondante et que l'État s'enrichisse aux dépens d'un particulier. Ainsi l'expropriation est volontaire, pesée, préméditée et

le renoncement demandé au propriétaire comporte des évaluations très approximatives. Les choses se présentent différemment quand un méfait a été commis. La société en a été profondément troublée; l'agitation, l'inquiétude persisteront, tant qu'on ne pourra pas compter sur le châtement du coupable. A partir du moment où la violation de la loi s'est répandue, un devoir s'est imposé à l'autorité qui ne peut s'y soustraire, sans forfaire à sa mission, sans perdre sa raison d'être. Il faut qu'elle rassure les citoyens, et placée dans ces conditions qui la poussent en avant, qui lui interdisent l'inertie sous peine de responsabilité certaine cette fois, quoi d'étonnant, s'il lui arrive de s'égarer parfois, de faire fausse route avec les meilleures intentions du monde? De la part de l'autorité aucune provocation, aucune initiative; sur la réserve jusque-là, elle a été mise en demeure par un acte compromettant pour la sécurité publique d'intervenir, afin de faire renaître la confiance un instant ébranlée; mais son rôle est en somme purement défensif, elle ne poursuit pas de visées avantageuses; loin de lutter pour un profit, elle veut seulement conjurer un péril ou le retour d'un péril : *certat non de lucro captando, sed de damno vitando*; et le retour de ce péril, c'est tout le monde qu'elle en veut préserver. Ainsi c'est une campagne non d'enrichissement, mais de préservation qu'entreprend ici l'autorité judiciaire; loin de la faire spontanément et après mûre réflexion, elle la fait comme contrainte et forcée, sans pouvoir s'en abstenir. »

C'est donc parce que la société a le devoir impérieux d'exercer des poursuites dans l'intérêt de la sécurité publique que ceux qui en auront été les victimes seront sans droit à une réparation ! Depuis quand l'accomplissement d'un devoir a-t-il pour résultat nécessaire de dispenser de l'observation d'un autre devoir tout aussi obligatoire, celui qui dans l'espèce consiste à ne pas léser les personnes qui peuvent être intéressées d'une façon générale à la poursuite des crimes et des délits et, en cas de lésion, à réparer le préjudice? Est-ce que l'individu injustement condamné ou poursuivi auquel il y a lieu d'allouer une réparation, agit dans un but de lucre et de gain? Ce serait une étrange manière de s'enrichir, il faut le reconnaître, que d'obtenir en échange de sa

liberté une modique somme d'argent. La vérité, c'est que ni la société, ni la personne indûment poursuivie ou condamnée ne songent à se procurer un gain quelconque : l'une veut écarter le danger qui serait la conséquence des troubles apportés à la sécurité publique par les crimes et les délits, l'autre veut éviter le péril personnel que lui occasionnent les poursuites, ou tout au moins, si elle n'a pu y échapper, avoir une compensation.

A l'appui de sa thèse, M. Worms invoque l'art. 51 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation, qui tient compte de la plus-value résultant de l'exécution des travaux dans l'évaluation du montant de l'indemnité. Puisque le droit d'être indemnisé, quand l'intérêt de l'exproprié est lié à une opération d'intérêt public, subit des restrictions à raison des avantages que cette opération lui procure, il doit en être de même en ce qui concerne celui qui est victime d'une erreur judiciaire : « Le corps social, dit l'honorable correspondant de l'Institut, tout en le frappant injustement, a encore travaillé pour lui, car il a prouvé aux malfaiteurs véritables qu'il ne sommeillait pas et a donné confiance à la victime d'un jour elle-même contre les lésions de l'avenir. A côté donc d'une injustice, si elle pouvait fournir, ce que nous ne croyons pas, le principe d'une indemnité, se place le bienfait, capable de pallier les effets de ce principe, de les amortir au point de les éteindre. » A force de vouloir comparer des choses qui ne sont guère susceptibles de comparaison, M. Worms en arrive à négliger les conditions exigées par la loi pour que la plus-value soit prise en considération dans la détermination de l'indemnité qui sera allouée à l'exproprié. L'augmentation de valeur doit être immédiate et spéciale au restant de la propriété. En admettant même que les avantages dont jouirait au point de vue de sa sécurité l'individu indûment poursuivi ou condamné, ne soient pas entièrement hypothétiques, ils ne se produiraient que dans l'avenir et n'auraient pas ce caractère d'actualité sans lequel la compensation admise en matière d'expropriation serait inique et abusive. Il y a donc lieu de laisser de côté des analogies toujours plus dangereuses que convaincantes.

M. Dalloz (*Jurisprudence générale, v<sup>o</sup> Frais et dépens*),  
M. Bonneville de Marsangy (*De l'amélioration de la loi crimi-*

nelle, p. 500) tirent de la condamnation de l'inculpé aux frais de la procédure un argument en faveur du principe de l'indemnité. Si en effet, disent-ils, le coupable est tenu de supporter les dépenses, c'est parce qu'il doit indemniser la société des frais qu'elle a été obligée de faire pour la poursuite et la condamnation de ceux qui enfreignent nos lois pénales. Rien n'est plus juste. Mais, par une légitime réciprocité, l'individu reconnu innocent n'est-il pas fondé à exiger de l'État la réparation du dommage que lui ont causé des poursuites et une condamnation imméritées ? Une réponse affirmative est seule possible.

Pour certains partisans de l'indemnité, les victimes des erreurs judiciaires n'ont aucun droit à une réparation. La société ne saurait être tenue en principe de les indemniser, elle a seulement l'obligation morale de réparer le préjudice qui leur a été causé au même titre qu'elle accorde un dédommagement à ceux que viennent frapper des épidémies, des calamités imprévues. Les citoyens injustement poursuivis ou condamnés, atteints dans leur personne et dans leur liberté, sont assurément plus dignes d'intérêt que ceux dont la fortune et les moyens d'existence ont éprouvé un dommage accidentel. Cette double circonstance qu'ils sont malheureux sans l'avoir mérité et que c'est la société elle-même qui est cause de ce malheur, puisqu'elle a, par l'organe de ses délégués, ordonné les poursuites et prononcé les condamnations, leur crée des titres incontestables à être secourus et assistés dans leur infortune. La société ne peut rester sourde aux plaintes de ses victimes, elle a le devoir, sous peine d'inhumanité, de remédier dans la mesure possible aux maux dont elle est l'auteur. Ce système n'a pas la base large et juridique sur laquelle il convient, à notre sens, d'asseoir le principe de l'indemnité, il ferait de la réparation à allouer une question purement administrative. Aussi n'est-ce pas à lui qu'on doit donner la préférence. Un droit vaut toujours mieux qu'une faveur, et cela est vrai surtout dans les pays où l'on mêle trop souvent les considérations politiques aux affaires de pure administration. Il ne faudrait pas cependant attacher plus d'importance que de raison à une objection de pure théorie, après tout.

La réforme dont nous réclamons l'adoption soulève enfin di-



verses difficultés sur lesquelles il est nécessaire de s'expliquer. On prétend qu'il y aurait dans le fait d'accorder aux citoyens injustement poursuivis ou condamnés une reconnaissance de la faute commise par la justice, ce qui entraînerait la déconsidération de la magistrature. Un pareil raisonnement n'est pas soutenable. Ce qui maintient la considération des magistrats, c'est la confiance qu'on a dans la droiture de leur caractère, et dans la loyauté de leurs intentions. Ils poursuivent, acquittent ou condamnent selon les inspirations de leur conscience et les preuves acquises. La logique d'un système qui refuserait l'indemnité sous le prétexte que la magistrature en souffrirait dans sa considération n'aboutirait à rien moins qu'à faire condamner indistinctement toutes les personnes poursuivies, car l'acquiescement de même que l'indemnité devrait également la déconsidérer. Cela suffit, ce semble, pour réfuter un argument aussi peu concluant.

On a dit encore que le principe d'une réparation allouée aux personnes indûment poursuivies ou condamnées créerait des distinctions iniques entre les diverses catégories d'individus acquittés ou relaxés par des décisions de non-lieu. Il y aura d'un côté les acquittements et ordonnances avec innocence reconnue, il y aura de l'autre côté les acquittements et ordonnances intervenues par suite de l'insuffisance des preuves, par conséquent avec innocence douteuse. Les acquittés et relaxés de cette dernière sorte se trouveront placés dans une situation intermédiaire entre la culpabilité et l'innocence? Ne commettra-t-on pas ainsi à leur égard une espèce de déni de justice, ne les flétrira-t-on pas en outre par des soupçons ineffaçables? Cette objection n'a pas la portée qu'on est tenté de lui supposer parce qu'elle se heurte à la nature même des choses. Tout d'abord, il est certain que la distinction contre laquelle on proteste existe depuis longtemps dans les poursuites intentées par les parties civiles. Il y a dans ce cas des acquittés à qui la justice accorde des dommages-intérêts, il y en a d'autres à qui elle les refuse. Cette différence en ce qui concerne des individus qui tous sont également l'objet d'acquiescements provient de ce que les uns ont prouvé leur complète innocence et la faute commise à leur préjudice par ceux qui les ont indûment poursuivis et de ce que les autres n'ont

fait aucune preuve à cet égard. A-t-on jamais songé à critiquer ces résultats de l'action civile parce qu'ils sont différents? Pourquoi donc les critiquerait-on, lorsque, au lieu des poursuites de la partie civile, il s'agit de l'action publique mise en mouvement par le parquet? La loi veut que le doute profite à l'inculpé. C'est une pensée généreuse et juste qui se comprend aisément, elle ne peut être retournée contre ceux qui ne sont pas relaxés des poursuites à cause de l'insuffisance des preuves relevées contre eux, mais bien parce qu'ils ont complètement établi leur innocence. Il y aurait là un fait des plus regrettables, car il constituerait une égalité véritablement inique entre celui qui est certainement innocent et celui qui est peut-être coupable. Aussi l'opinion publique ne s'y trompe-t-elle pas : au premier, elle accorde sa sympathie et son estime, tandis qu'elle inflige au second sa réprobation. En mettant sur le même pied au point de vue de leurs effets l'action publique et l'action civile et en modifiant à cet égard l'état de choses antérieures, on opérera une réforme équitable, en harmonie avec nos mœurs judiciaires. Ainsi tombe sans réplique l'argument que puisent dans cet ordre d'idées les adversaires du principe de l'indemnité.

On invoque enfin les conséquences financières de la réforme pour la faire repousser. Le principe de l'indemnité ne serait, dit-on, d'une application possible que si les erreurs judiciaires étaient peu fréquentes. Or, la statistique criminelle prouve que, tous les ans, en dehors des quelques condamnations qui peuvent être indûment prononcées et subies, il se produit un nombre relativement considérable de décisions de non-lieu. Comment pourrait-on indemniser toutes les personnes qui ont été poursuivies à tort? Les ressources budgétaires n'y suffiraient pas et, si l'on voulait appliquer une mesure de réparation à tous les individus qui en seraient dignes, on serait obligé d'augmenter les impôts déjà si onéreux, ce qui pourrait compromettre la situation économique du pays.

Ce raisonnement est, en somme, plus spécieux que juste. Il ne s'agit pas, en effet, d'indemniser tous ceux qui ont bénéficié d'un acquittement ou d'une ordonnance de non-lieu. Il s'agit seulement, on ne saurait trop le répéter, d'allouer une répara-

tion aux individus dont l'innocence sera démontrée, qui, de plus, n'auront pas provoqué par leur faute les poursuites dirigées contre eux. De la sorte, les ressources de l'État ne courront pas de risques. C'est dans la dernière partie de ce travail que nous réglerons les moyens d'application et la limitation que comporte le droit à l'indemnité. Au point de vue financier, d'ailleurs, l'État peut éviter de frapper les citoyens de nouvelles impositions, il n'a qu'à faire produire aux amendes pénales tout le rendement dont elles sont susceptibles. Pourquoi dans bien des cas où l'on prononce avec exagération des peines corporelles, les tribunaux ne se borneraient-ils pas à n'infliger que des pénalités pécuniaires? Lorsque les antécédents des inculpés sont bons, lorsque les faits sont peu graves, les juges ne devraient pas pour certains délits comme le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance se croire moralement obligés de condamner à l'emprisonnement, comme il arrive presque toujours. Mieux vaudrait prononcer une amende, car cette condamnation uniquement pécuniaire présenterait le double avantage de peser moins lourdement sur l'avenir des prévenus et de combler les vides du trésor.

Nous allons maintenant exposer les précédents doctrinaux, historiques et législatifs de la question, tant en France qu'à l'étranger. Ils sont en effet d'un intérêt capital, car ils démontreront qu'une réforme qui compte parmi ses partisans tant de criminalistes et de publicistes distingués, qui a été discutée dans les assemblées législatives et adoptée par plusieurs nations n'est pas une séduisante utopie, née dans l'esprit de rêveurs généreux, mais qu'elle constitue une idée pratique, mûre dès à présent pour une application prochaine dans notre pays. Cette étude nous apprend comment la justice et l'équité, parfois méconnues pendant longtemps, finissent par s'imposer à la conscience humaine au moins chez certains peuples et par se faire une place dans la législation des sociétés.

Sans remonter aux civilisations antiques d'Athènes et de Rome trop différentes des nôtres au point de vue judiciaire, nous devons signaler tout d'abord ce qui s'est passé sous l'ancien régime. Malgré l'absence d'un texte de loi positif, quelques parlements n'ont pas hésité, lorsqu'il n'y avait pas dans la cause de

dénonciateur solvable, à allouer aux inculpés reconnus innocents des dommages-intérêts qui étaient mis à la charge de l'État. Soulange, dans son *Traité des crimes*, cite un arrêt du Parlement de Toulouse rendu en ce sens.

Dans le courant du XVIII<sup>e</sup> siècle, la question de l'indemnité en faveur des accusés reconnus innocents préoccupa l'opinion publique. En 1781, la Société des arts et belles-lettres de Châlons-sur-Marne proposa un prix pour récompenser le meilleur écrit sur les moyens d'indemniser les inculpés dont l'innocence serait constatée. Ce furent les mémoires de Philippon de la Madeleine et de Brissot de Warville qui furent couronnés *ex æquo*, le dernier sous ce titre : « *Le sang innocent vengé* ». Tous les deux admettaient d'une manière absolue le droit à l'indemnité pour toutes personnes relaxées des poursuites, quelles que fussent les causes de leur renvoi. C'était assurément dépasser la mesure et par là compromettre la réalisation de la réforme.

Quelques mois avant cette année 1789, qui a été le point de départ de notre rénovation sociale, le 8 mai 1788, Louis XVI fit présenter aux États de la nation par le garde des sceaux Lamoignon une ordonnance criminelle qui était accompagnée de la déclaration suivante :

« Après avoir déterminé la forme du jugement des coupables, dit le ministre, le roi s'est occupé des dédommagements que vous décernez aux innocents, lorsqu'ils ont subi, sur de faux indices, les rigueurs d'une poursuite criminelle.

« Sa Majesté a voulu connaître le genre de réparation que la loi devait leur avoir assuré.

« Je dois le déclarer hautement, Sa Majesté a vu avec la plus grande surprise que la législation de son royaume n'avait encore rien statué en leur faveur et que, s'il ne se trouvait pas au procès une partie civile qui pût être condamnée aux frais de l'impression et de l'affiche du jugement d'absolution, cette faible indemnité n'était même pas accordée à l'innocence.

« Le roi s'occupe de ces réparations qu'il regarde comme une dette de la justice.

« Mais en attendant qu'il puisse atteindre ce but d'une législation vraiment équitable qui, prévoyant la possibilité de confondre

d'abord l'innocent avec le malfaiteur, ne se borne point à punir, et se croit alors obligée à dédommager, il veut que ces jugements d'absolution soient imprimés et affichés aux dépens de son domaine. »

Le monarque, estimant que les devoirs de la société envers les innocents ne devaient pas se borner à ces mesures, ajoutait :

« Nous désirons et nous espérons pouvoir leur procurer dans la suite les dédommagements auxquels ils ont droit de prétendre et nous nous réduisons avec peine aujourd'hui à n'accorder pour indemnité à leur innocence que la certitude d'être solennellement reconnue et manifestée ; mais, du moins, en attendant que nous puissions compenser pleinement les dommages qu'elle aura soufferts, nous voulons lui assurer, dès ce moment, dans toute son intégrité, cette réparation qui laisse encore à notre justice de si légitimes regrets. » (*Recueil général des anciennes lois françaises*, par Jourdan et Isambert, année 1788).

Le mouvement devait prendre, l'année suivante, un rapide développement. Sur diverses points du territoire, les cahiers rédigés en vue de la convocation des États-généraux se prononcèrent en faveur d'une indemnité envers les accusés reconnus innocents. Ce vœu fut consigné notamment dans les cahiers du clergé de Châtillon-sur-Seine, dans ceux de la noblesse de l'Angoumois, de Douai et de Montargis, dans les cahiers du Tiers-État d'Alençon, Autun, Châlon-sur-Saône, Dijon, Domfront, Dranguignan, Étampes, Gourin, Ponthieu, Provins, Senlis, Toulon, Vannes et Paris. Voici en quels termes s'exprimaient les cahiers de Paris : « La législation, en établissant une peine contre le coupable, doit aussi établir une réparation pour l'innocence injustement accusée. Ainsi tout accusé déchargé pourra réclamer la publicité de l'affiche du jugement et des indemnités proportionnées au dommage qu'il aura souffert dans son honneur, sa santé ou sa fortune. Cette indemnité sera prise sur les biens du dénonciateur et subsidiairement sur les fonds assignés pour cet objet. »

L'opinion publique était donc favorable à une réforme. Dès le commencement de 1790, Duport se chargea de préparer un projet de loi. L'éminent membre de la Constituante posait de la ma-

nière suivante le principe de la nouvelle législation : « Cette indemnité est une dette de la société et un dédommagement de la perte qu'elle a occasionnée à l'accusé; elle doit l'acquitter, car tous les hommes rassemblés ne sont pas plus dispensés d'être justes qu'un seul homme. » Ce sont là de belles et nobles paroles qu'on est heureux d'applaudir. La disposition qui devait les sanctionner législativement était ainsi conçue : « Il sera fait avec le produit des amendes et autres deniers qui y seront appliqués un fonds de secours pour indemniser les accusés qui auront été déchargés de l'accusation. Le taux de l'indemnité sera fixé par les jurés dans chaque affaire. » Ce système est peut-être théoriquement très-vrai, puisque tous les inculpés qui sont acquittés ou relaxés sont présumés innocents, mais il n'est pas conforme aux exigences de la pratique et peut avoir dans certain cas pour effet de faire allouer des indemnités à de véritables criminels ou à des prévenus dont les agissements seuls ont provoqué les poursuites. Pour aboutir à un résultat utile, Dupont aurait dû n'accorder une réparation qu'à ceux dont l'innocence eût été constatée et laisser de côté cette nombreuse catégorie de personnes qui échappent à la répression uniquement par défaut de preuves.

La discussion s'ouvrit à l'Assemblée constituante en février 1791. Après un débat des plus sommaires auquel prirent successivement part MM. Régnier, Buzot, Martineau et Lanjuinais (*Moniteur* du 5 février 1791), elle se termina par le rejet de la proposition de Dupont. On est étonné du peu de solidité des arguments développés par ces divers orateurs pour combattre le projet. Selon les uns, il n'y a lieu à indemnité de la part de l'Etat que lorsqu'il ne se trouve dans la cause ni partie civile, ni dénonciateur. Les autres objectent qu'on va établir deux catégories d'accusés, les uns innocents, ceux que l'on indemniserà, les autres coupables ou à demi-coupables, ceux auxquels il ne sera pas accordé de réparation. Un représentant soutient que si un innocent est accusé, c'est un malheur pour lui, mais qu'il n'a pas droit à une indemnité, puisque le législateur a tout fait pour lui donner des moyens de défense efficace. M. Lanjuinais, enfin, craignant que certaines personnes ne se livrent au honteux métier de se faire accuser dans le but d'obtenir ensuite une répa-

ration, demande que l'on détermine combien de fois un inculpé pourra être indemnisé.

La Convention, sans inscrire dans un texte de loi le principe de la réparation envers les accusés reconnus innocents, a rendu quelques décrets spéciaux accordant des indemnités à divers individus acquittés. La plupart du temps, ces indemnités étaient destinées uniquement à payer les frais de retour de ces personnes dans leur pays. A la date du 31 janvier 1793 cependant, un décret intervenu sur le rapport de Cambacérès alloue mille francs au sieur Antoine Buffet « à titre de remboursement des frais de sa traduction de la Canée en France et de sa détention arbitraire, sauf le recours de la nation sur les biens des auteurs des ordres illégaux et celui de Buffet pour les autres dommages-intérêts. » Cette dernière décision seule a une relation directe avec la question qui nous occupe.

En 1823, la société des sciences et arts de Châlons remit au concours le sujet qu'elle avait déjà proposé en 1781. Le prix ne fut pas décerné. Les mémoires de MM. Vivien, Bouchenet-Lefler et de Colmont furent l'objet de mentions honorables. Les deux premiers concurrents avaient comme leurs devanciers soutenu cette thèse excessive que la société commet une faute par le seul fait qu'une accusation n'a pas pour conséquence une condamnation et qu'elle doit, par suite, indemniser tous les individus renvoyés des poursuites. M. de Colmont repoussait la réforme comme inopportune en se fondant sur ce que la loi peut porter atteinte aux droits des citoyens sans néanmoins être injuste, parce qu'elle est le résultat des conventions sociales qui procurent aux divers membres de la société une somme différente de désavantages et d'avantages, ceux-ci, du reste, étant de beaucoup les plus considérables. Ce point de vue a été réfuté dans la première partie de cette étude.

Est-il besoin d'ajouter que depuis le commencement de notre siècle, de nombreux publicistes, d'éminents criminalistes se sont montrés favorables dans notre pays à la doctrine de la réparation envers les personnes indûment condamnées ou poursuivies? Parmi eux, nous citerons Merlin (Req. v<sup>o</sup> *Réparation civile et Dénonciateur*), Legraverend, dans l'introduction de son traité de

la législation criminelle, Dupin, dans ses observations sur plusieurs points importants de notre législation criminelle. M. Bonneville de Marsangy, dans son remarquable ouvrage sur l'amélioration de la justice criminelle, a traité la question avec une sûreté et une vigueur de raisonnement de nature à convaincre les esprits les plus réfractaires. M. Faustin-Hélie, l'infatigable promoteur de toutes les idées libérales en matière de droit criminel, admet dans sa théorie du Code pénal (t. I, p. 234) que, si la société se reconnaît le droit de demander une indemnité pour les frais de poursuites à celui de ses membres qui a donné lieu à ces poursuites par son délit, elle doit reconnaître à l'accusé dont l'innocence est proclamée le droit non moins évident d'en exiger une lui-même. « Et quelle dette plus légitime, s'écrie le grand criminaliste, que celle d'une indemnité pour cet homme que la société a humilié sous une accusation fausse, qu'elle a fait asseoir sur le banc des criminels, qu'elle a flétri de ses soupçons, qu'elle a arraché à ses affaires, à sa profession, à sa famille pour lui donner des fers ! quelle réparation plus sacrée que celle d'une si terrible injustice ! qui oserait dire que cette réputation polluée par le seul souffle de l'accusation, que ces inquiétudes, ces soucis dévorants qu'elle entraîne avec elle, ne réclament aucun dédommagement ? Nous ne prétendons point assurément que tout acquittement dût être suivi d'une indemnité ; les juges, investis à cet égard d'un bienfaisant pouvoir, devraient en circonscrire l'exercice au cas où l'accusation aurait été injustement intentée, où elle aurait fait éprouver un préjudice quelconque à l'accusé, car cette poursuite serait alors le fait de la société et non de l'accusé, et il serait juste qu'elle supportât comme celui-ci la responsabilité du dommage qu'elle aurait causé. Cependant le législateur, sans nier la sainteté de cette dette, n'aura longtemps encore qu'un regard d'indifférence pour les nombreux accusés qui viennent annuellement sur le banc des coupables, entendre, après de longs jours d'angoisses, un verdict d'acquiescement ; car cette réparation serait une charge modique, à la vérité, mais nouvelle à ajouter à la charge déjà si lourde des frais de justice. » Certes, à la lecture de ce passage éloquent, on ne peut se défendre d'un sentiment de mélancolie trop justifié hélas ! on ne peut s'empêcher de croire



que sans les errements financiers suivis dans ces dernières années, sans l'exécution de tant de travaux peu productifs et d'une utilité économique si contestable, l'intérêt de la justice et de l'équité qui forment la base fondamentale des sociétés aurait probablement reçu satisfaction.

En 1867, lors de la discussion du projet de loi relatif à la révision des procès criminels et correctionnels, le principe de l'indemnité envers les individus indûment condamnés fut défendu avec éclat dans un amendement présenté par MM. Maurice Richard, Jules Favre et Emile Ollivier. La question, cette fois, fut bien posée. On ne devait indemniser que ceux dont l'innocence aurait été établie par le fait même de la révision. Le rapporteur de la loi, M. Nogent-Saint-Laurens et M. Baroche, garde des sceaux, combattirent cependant la réforme proposée et la firent repousser par le Corps législatif. Voici comment s'exprimait l'honorable rapporteur : « Oui ! il y a un malheur, une calamité sociale, il y a une erreur judiciaire, c'est la révision qui l'a dit ; il y a un préjudice moral et un préjudice matériel. Eh, bien ! est-il possible de mettre dans la loi qu'on réparera le préjudice matériel ? Et la question précise que je me suis toujours adressée est celle-ci ; Qui est-ce qui paiera ? — M. Bethmont. — La société. — M. le rapporteur. — La société, l'Etat ? Oh, par exemple ? Est-ce que vous trouvez que la solidarité sociale est assez grande pour que la société tout entière soit responsable de l'erreur judiciaire commise par le jury de la Seine ou le jury de Seine-et-Oise, par le tribunal correctionnel de Bordeaux et de Lyon. J'avoue que la solidarité poussée jusque-là me paraît excessive. Je ne trouve pas une relation efficiente et directe entre les auteurs du préjudice et la société qui devrait payer l'indemnité. »

Ainsi, de par M. Nogent-Saint-Laurens, la solidarité sociale n'est pas intéressée dans les décisions de la justice criminelle, quels que soient les points du territoire où elles sont rendues ! L'arrêt qui condamne un innocent, par cela même qu'il est prononcé à Rennes, à Nancy ou à Montpellier n'est qu'une simple affaire d'intérêt local ! Vraiment, c'est à n'y pas croire. Que dire aussi de cette absence de relation efficiente et directe entre les auteurs du préjudice qui sont les mandataires de la société, et

cette société elle-même qui leur a donné mandat de poursuivre et de juger en son nom ? Sans doute, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus, la responsabilité sociale n'a pas dans la question une importance aussi grande que celle qu'on lui attribue souvent, mais il n'en est pas moins vrai que le raisonnement du rapporteur est erroné à tous égards.

L'échec législatif de 1867 ne devait pas avoir pour résultat d'enterrer la question à tout jamais. Elle continua à être traitée dans les écrits des publicistes et des magistrats. C'est ainsi, pour ne citer que les principaux, que M. Bernard, ancien conseiller à la Cour d'appel de Dijon, dans deux remarquables articles publiés en 1870 par la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, se prononça nettement en faveur du principe de l'indemnité envers les personnes injustement poursuivies et condamnées. M. Dessales, qui appartenait à la magistrature, a adopté la même doctrine dans ses observations sur la législation criminelle. En revanche, M. Worms, que nous avons cité plus haut s'est posé en adversaire de la réforme. En 1884, dans un discours de rentrée, M. Oudin, substitut du procureur général à Rennes, sans adopter le principe de l'indemnité comme constituant un droit pour les victimes des erreurs judiciaires, a admis à la charge de la société l'obligation morale de dédommager ceux de ses membres qui ont sans leur faute subi un préjudice du fait de poursuites ou condamnations. Enfin, en 1885, M. Molines, avocat général à Chambéry, dans son discours de rentrée sur le nouveau Code pénal hollandais, a formellement fait des vœux pour la réalisation d'une réforme qui s'impose à tous les esprits libéraux. Qui donc serait encore tenté de dire que la magistrature est réfractaire au progrès et aux améliorations équitables que comporte notre droit criminel ?

Le Parlement, saisi une dernière fois de la question par M. Pieyre, député, n'a pas même discuté le projet de loi qui lui était soumis. L'auteur de la proposition, dans le but de sauvegarder ce qu'il appelle par une heureuse expression le droit des gens à l'honneur et à la liberté, déclarait le juge d'instruction responsable des informations auxquelles il procédait et posait en principe que tout citoyen arrêté, puis remis en liberté, devait

recevoir une indemnité proportionnée à la détention préventive qu'il aurait subie. En cas de condamnation injuste par les tribunaux correctionnels, le jugement devait être déféré à la juridiction qui l'avait prononcé et ce, à la requête du ministère public, puis après enquête il était annulé et le magistrat instructeur pouvait être, s'il y avait lieu, passible de dommages-intérêts au profit du prévenu. S'il s'agissait d'un accusé indument déclaré coupable par le jury, le procureur général le traduisait devant la Cour d'assises qui l'avait condamné et il obtenait une indemnité proportionnée au préjudice qu'il avait éprouvé. A cet effet, un crédit spécial était inscrit au ministère de la justice sous ce titre : « *Réparation des erreurs judiciaires.* » Quant aux amendes de simple police injustement prononcées, la restitution en était opérée sur l'ordre même du juge qui avait statué. La veuve, les enfants, les héritiers de la personne frappée avaient contre l'État une action en indemnité qui était imprescriptible. Une commission, composée de jurés tous majeurs et citoyens français, avait mission de fixer sommairement et en dernier ressort le montant des indemnités. Enfin, une disposition transitoire avait pour but de provoquer pendant trois mois les réclamations des individus détenus dans les diverses maisons pénales de France et des colonies.

Est-il besoin de faire ressortir ce qu'avaient d'exorbitant cette responsabilité du magistrat instructeur en tout état de cause, ces indemnités allouées sans distinction à tous ceux qui avaient été incarcérés préventivement, alors même qu'ils auraient provoqué les poursuites par leur faute, cette imprescriptibilité de l'action en indemnité si contraire au droit commun? La proposition de loi de M. Pieyre n'avait pas été suffisamment mûrie : nous ignorons si la commission d'initiative parlementaire a conclu à sa prise en considération. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle est devenue caduque à la fin de la dernière législature comme émanant d'un député et non du Gouvernement. Elle ne présente donc, en somme, qu'un intérêt purement historique.

Si la France n'a pas eu en cette question l'initiative dont elle a jadis su faire preuve dans les matières législatives, il n'en a heureusement pas été de même de plusieurs peuples européens

dont les lois ont admis la réforme que nous préconisons et peuvent servir de modèles à nos législateurs.

Dès le commencement du XVIII<sup>e</sup> siècle, en novembre 1707, alors que n'avait pas encore eu lieu la réunion à la France de cette Lorraine que *le droit de la force* en a violemment séparée à une récente époque, le duc Léopold, si connu par la sagesse de ses lois, avait promulgué une ordonnance ainsi conçue : « Titre II, art. 6. — Les juges pourront condamner aux dommages-intérêts nos procureurs et ceux des seigneurs en leur nom, s'il apparaît, par l'évidence du fait, qu'ils ont pris des dénonciateurs inconnus, notoirement insolvable, ou de soi suspects, par un esprit de vexation. » Rien de plus juste assurément, car chacun doit supporter la responsabilité de ses fautes. Mais cette disposition était trop étroite, puisqu'elle n'assurait une indemnité aux personnes injustement poursuivies que dans certains cas fort restreints.

Un autre prince étranger, Léopold de Toscane, dans l'art. 46 du Code pénal de 1786, sut appliquer le principe de l'indemnité d'une manière qui mérite d'être encore méditée aujourd'hui. En vertu de ce texte, il y a lieu d'indemniser tous ceux qui par des circonstances fortuites ou certaines coïncidences fatales se seront trouvés sous le coup d'une accusation criminelle sans que personne en soit coupable, et quelquefois auront été retenus prisonniers au préjudice de leur honneur, de leurs intérêts et de ceux de leur famille et auront été reconnus innocents dans la suite. A cet effet, il est institué une caisse spéciale sous la direction du président du Bon Gouvernement du Domaine florentin dans laquelle sera versé le montant de toutes les condamnations pécuniaires. Il en sera présenté chaque année un compte-rendu au prince. L'indemnité est accordée par le juge aux victimes des erreurs judiciaires et sa décision en détermine la quotité. — Ce sont là de sages et équitables dispositions bien faites pour accroître le renom de libéralisme qui s'attache aux lois léopoldines.

Un publiciste connu du monde entier, Bentham, dans son traité de législation civile et pénale, t. II, p. 149, réclamait au commencement de notre siècle en Angleterre la réforme que

nous préconisons. D'autres écrivains, qu'il serait trop long d'énumérer, s'en déclaraient également les partisans en divers pays. Leur action ne fut pas sans efficacité, et de 1849 à nos jours plusieurs cantons suisses et quelques peuples de l'Ancien et du Nouveau-Monde se rallièrent plus ou moins largement au principe de l'indemnité envers les personnes injustement poursuivies ou condamnées.

Les congrès scientifiques ne laissèrent pas aussi d'exercer une certaine influence sur la question. Le congrès international de Gand, en septembre 1863, après une discussion approfondie, émit à l'unanimité le vœu : « que la société doit indemniser les inculpés préventivement détenus et plus tard reconnus complètement innocents du fait qui leur était imputé. » Le congrès des jurisconsultes allemands, dans plusieurs sessions antérieures et ensuite dans celles tenues à Nuremberg en 1875 et à Saltzbourg en 1876, discuta le principe de la réparation à accorder aux victimes des erreurs judiciaires. D'accord sur la doctrine, les membres de ces assemblées différaient sur les conditions auxquelles devait être subordonnée la reconnaissance du droit à l'indemnité. Cependant, on finit par adopter à une grande majorité la résolution suivante : « Au cas d'acquiescement ou d'abandon des poursuites, il est dû réparation du préjudice causé par la détention préventive, pourvu que cette détention ou sa prolongation n'ait pas eu pour cause une faute commise durant la procédure par celui qui en a été victime. » Le Code de procédure pénale allemand du 1<sup>er</sup> février 1877, disons-le de suite, n'a tenu aucun compte, et il y a lieu de le regretter, des vœux exprimés par le congrès.

Il appartenait à la Suisse, ce noble et libre pays, de prendre l'initiative d'une réforme que recommandent la justice et l'humanité. Le principe de l'indemnité est inscrit avec plus ou moins d'étendue depuis de longues années déjà dans les cantons de Vaud, de Fribourg, de Neuchâtel et de Berne. Genève et Argovie viennent aussi depuis peu de temps de lui donner une place, restreinte, il est vrai, dans leur législation.

Aux termes des articles 254 et 267 du Code de procédure pénale du canton de Vaud, le prévenu libéré, qui a été mis en

état d'arrestation et qui estime avoir droit à une indemnité, s'adresse par requête au tribunal d'accusation dans la quinzaine de l'avis de l'ordonnance de non-lieu. Cette indemnité ne peut être accordée en principe qu'à l'unanimité des suffrages ; quant à la quotité, elle se détermine à la simple majorité. Le Procureur général donne préalablement son avis. Aucune disposition spéciale ne règle le droit de réparation envers les accusés acquittés et, à notre sens, c'est là une regrettable lacune. On ne saurait non plus approuver la dérogation au droit commun en ce qui concerne les suffrages requis pour l'admission en principe de l'indemnité, alors même que l'unanimité exigée aurait pour but de prévenir des abus. Ces abus, d'ailleurs, sont-ils bien sérieusement à craindre ? Il est permis d'en douter, puisque d'après les renseignements que nous possédons, l'État n'a payé en 1881 que 441 francs à cinq personnes ; en 1882, que 994 francs 20 centimes à dix personnes et en 1883 que 140 francs à huit personnes. En 1885, 7 prévenus, qui ont bénéficié de décisions de non-lieu, ont obtenu 175 francs ; en 1886, 4 prévenus ont reçu 185 francs d'indemnité.

Le canton de Fribourg s'est montré plus large dans l'allocation de l'indemnité. Le prévenu libéré qui a été arrêté et réclame une indemnité est tenu de former sa demande par requête adressée à la chambre d'accusation dans les quinze jours qui suivent l'avis de l'ordonnance de non-lieu (art. 230 du Code de procédure pénale). En cas d'acquiescement l'accusé peut réclamer des dommages-intérêts à l'État, et le tribunal statue, après avoir entendu le ministère public en ses conclusions (art. 350). Enfin, d'après l'article 512, le condamné dont la non-culpabilité a été prouvée par un procès en révision peut obtenir une indemnité.

Neuchâtel procède de même en ce qui touche les personnes arrêtées et déchargées des poursuites par décision de non-lieu (art. 204 du Code de procédure pénale). Si un acquiescement intervient dans les causes correctionnelles ou criminelles, il n'y a lieu à indemnité qu'en cas de détention préventive (art 249 et 347). Lorsqu'une demande en révision a établi l'innocence du condamné, il doit lui être alloué, en vertu de l'article 431, des

dommages-intérêts proportionnés au préjudice qu'il a subi par suite d'une condamnation erronée. Il ne semble pas que cette législation soit bien onéreuse pour le canton, puisqu'un seul acquitté a obtenu de 1875 à 1883 une indemnité de 500 francs et que la chambre d'accusation durant le même laps de temps a accordé des dommages-intérêts à quatre prévenus seulement pour une somme totale de 1428 francs. En 1885 et 1886, aucun condamné n'a été indemnisé et deux personnes relaxées par décisions de non-lieu ont touché 35 francs de dommages-intérêts seulement. Et cependant, chaque année, on instruit environ mille affaires criminelles, correctionnelles ou de police.

A Berne, c'est le Code pénal de 1854 qui a réglementé le droit à l'indemnité. Ses dispositions étant plus larges et plus complètes que celles des autres lois suisses, nous croyons devoir les reproduire intégralement :

« Article 235. — Si le juge d'instruction estime qu'il n'y a ni crime, ni délit, ni contravention ou qu'il n'existe aucune charge contre l'inculpé, il soumettra l'affaire au substitut du Procureur général du ressort, et, si ce magistrat est du même avis, il sera déclaré par procès-verbal, signé par le juge d'instruction et par le substitut du Procureur général, qu'il n'y a pas lieu à poursuivre, et, si l'inculpé avait été arrêté, il sera mis en liberté. Il lui sera aussi, à sa demande, alloué des dommages-intérêts que le juge d'instruction liquidera immédiatement, sous réserve de recours à la chambre d'accusation.

« Les dommages-intérêts et les frais seront payés par le fisc.

« Article 254. — Si la chambre d'accusation n'aperçoit aucune trace d'un délit prévu par la loi ou si elle ne trouve pas des indices suffisants de culpabilité, elle prononcera qu'il n'y a pas lieu à suivre au procès et ordonnera la mise en liberté du prévenu, s'il est détenu; elle pourra enfin lui allouer une indemnité. Cet arrêt sera immédiatement communiqué en extrait au juge d'instruction, avec ordre de le faire exécuter sur le champ.

« La chambre d'accusation est autorisée à mettre, en tout ou en partie, les frais d'instruction à la charge du prévenu, lorsque par des actes ou propos contraires aux lois ou répréhensibles, qui

peuvent lui être imputés à faute, il a lui même provoqué les soupçons qui ont motivé l'instruction.

« Article 343. — Tout jugement (du tribunal correctionnel) déclarant l'accusé non coupable décidera en même temps s'il lui est dû une indemnité pour le préjudice que lui a causé l'instruction et fixera cette indemnité.

« Article 443 (au titre de la procédure devant la Cour d'assises). — Seront, en outre, applicables les dispositions de l'article 343.

« Article 512 (au titre de la révision). — Si, par le nouveau jugement, le condamné est reconnu non coupable, il est réintégré dans tous ses droits; s'il est décadé, le nouveau jugement décharge sa mémoire de l'accusation portée contre lui et alloue des dommages-intérêts à ses héritiers, s'ils le demandent. »

Ainsi, le prévenu contre lequel il n'aura pas été relevé d'indices suffisants de culpabilité *pourra* néanmoins obtenir une indemnité. Cette disposition nous paraît dangereuse, car avec des magistrats trop faciles et trop généreux elle peut donner lieu à des abus.

A Genève, le Code de procédure pénale, révisé à la fin de 1884 et mis en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1885, admet le principe de l'indemnité dans une mesure beaucoup plus restreinte que la législation bernoise. C'est ainsi que les individus qui ont bénéficié d'un acquittement ou d'une décision de non-lieu n'ont droit à aucune réparation. Les condamnés dont l'innocence a été établie dans un procès en révision ou « leurs ayants-cause » obtiennent seuls des dommages-intérêts proportionnés au préjudice souffert. Dans le canton d'Argovie, une loi complémentaire du 7 juillet 1886 a inauguré la même réforme. Elle dispose (art. 20) que s'il résulte du jugement de révision que la personne au profit de qui il est rendu a subi un emprisonnement injuste, le tribunal lui alloue une indemnité proportionnée au dommage éprouvé, sauf le recours de l'Etat contre ceux qui ont occasionné la peine.

Le Mexique admet également l'indemnité au profit des personnes indûment poursuivies qui sont acquittées. Son Code pénal règle à la fois le droit à l'indemnité et les conditions de responsabilité des juges au regard des prévenus. Sous ce dernier point



de vue, il est plus large que les dispositions françaises qui concernent la prise à partie. Aussi nous paraît-il intéressant de reproduire les prescriptions relatives à la matière.

« Art. 344. — Quand l'accusé poursuivi d'office sera acquitté, non par suite de l'insuffisance des preuves, mais après avoir justifié de sa complète innocence au sujet du délit qui lui était imputé et qu'il n'aura pas donné lieu par sa conduite antérieure à la poursuite, la sentence définitive le proclamera d'office; et, si l'accusé le demande, le juge, après avoir entendu le ministère public, fixera le montant des dommages-intérêts qui lui seront alloués. Les dommages-intérêts, dans ce cas, seront payés par le fonds commun des indemnités, si les juges ne sont pas responsables, conformément à l'art. 348, ou si, l'étant, ils sont insolvables. (Le fonds commun des indemnités comprend le tiers des amendes et une partie peu importante du produit du travail des prisonniers).

« Art. 348. — Les juges et tous autres fonctionnaires publics seront civilement responsables, lorsqu'ils auront fait des dénonciations arbitraires, lorsqu'ils auront ordonné des arrestations injustes, lorsqu'ils auront prolongé la détention d'un citoyen au-delà du terme fixé par la loi, lorsqu'ils auront causé un préjudice quelconque par leur impéritie ou leur « morosité » dans l'expédition des affaires. »

La loi portugaise du 14 juin 1884, à l'instar du Code de Genève, n'alloue pas d'indemnité en cas d'ordonnance de non-lieu ou d'acquiescement. Il y a là une lacune que l'avenir comblera sans doute. Cette loi s'est bornée à disposer « que la sentence d'acquiescement rendue en révision fixerait, sur la demande du réhabilité, une juste indemnité du préjudice causé par l'exécution de la peine et que ces dommages-intérêts seraient payés par le gouvernement. »

La législation de la Suède est plus intéressante, plus originale même à certains égards que celles que nous venons d'exposer. Aux termes de la loi du 12 mars 1886, tout individu arrêté sous l'inculpation d'un délit, au profit duquel les poursuites ont été abandonnées ou qui a été acquitté peut obtenir de l'Etat une indemnité pour la suppression ou la restriction de ses moyens

d'existence provenant de la privation de la liberté qu'il a subie. Mais pour qu'il y ait droit, l'instruction doit établir que le délit pour lequel il était poursuivi n'a pas été commis ou qu'il a eu un autre auteur, ou que de toute façon il n'a pu être commis par lui et que, dans les deux derniers cas, il n'y a pas lieu de le considérer comme complice. A défaut du prévenu, c'est à sa femme ou à ses enfants que la réparation est accordée. Elle ne doit pas être allouée à celui qui aura cherché par la fuite ou autrement à se soustraire à l'instruction ou à empêcher la découverte de la vérité par la suppression de preuves ou d'objets, ni à celui qui, à dessein, par un aveu mensonger, fait en justice ou ailleurs, ou en se dénonçant faussement lui-même ou de toute autre manière, aura été cause que l'instruction ait été intentée ou poursuivie contre lui (art. 1).

D'après l'art. 2 en cas de condamnation aux travaux forcés ou à la prison, ou à des amendes converties en pénalité privative de liberté, le délinquant qui aura subi sa peine en tout ou en partie et qui après une nouvelle instruction faite dans les formes régulières sera acquitté ou condamné moins fortement que lors du premier jugement aura droit à une indemnité. L'exécution de la peine ou de la partie de la peine dont il a été ultérieurement affranchi lui a causé un préjudice par suite de la suppression ou de la restriction de ses moyens d'existence et il lui est dû une réparation, s'il n'a point par un aveu mensonger, par une fausse dénonciation portée contre lui-même ou par tout autre procédé, provoqué la condamnation dont il a été l'objet. Comme dans les cas prévus par l'art. 1<sup>er</sup>, l'action en indemnité est, à défaut du condamné, exercée par sa femme ou ses enfants.

Les requêtes pour être indemnisés sont adressées au roi par les prévenus et présentées au ministère de la justice dans le délai d'un an à partir du jour où la décision de non-lieu, l'acquiescement dans les divers cas visés ci-dessus et le jugement prononçant une peine moindre que la précédente condamnation sont passés en force de chose jugée. L'Etat a un recours contre ceux qui sont responsables de l'emprisonnement ou de la condamnation injuste (art. 3 et 4).

Aucune loi jusqu'à ce jour, à notre connaissance du moins

n'avait encore appliqué le principe de l'indemnité aux peines d'emprisonnement qui remplacent en certaines circonstances les pénalités pécuniaires. Cette disposition véritablement progressive s'impose à l'attention des criminalistes.

En Autriche, c'est le ministre de la justice qui a lui-même saisi en 1883 le pouvoir législatif d'une proposition de loi tendant à indemniser les citoyens qui auraient été victimes de poursuites ou de condamnations injustes. Adoptée par la Chambre des députés en février 1884, elle a été portée devant la Chambre des seigneurs à la fin du mois de mai suivant, puis la discussion a été ajournée. Enfin, après diverses péripéties le projet a été repoussé. Dans le courant de 1887, une nouvelle proposition d'initiative parlementaire qui reproduisait les dispositions antérieurement présentées par le gouvernement a été portée devant la Chambre des députés et il ne paraît pas que la question ait encore reçu une solution.

En Allemagne, pendant la session de 1885-1886, le député Lenzmann a présenté un projet de loi au Reichstag concernant *les indemnités pour détention préventive ou pénale injustement subie*. Renvoyé à une commission, puis soumis aux trois lectures réglementaires, il a été adopté sous le titre de loi relative aux indemnités pour peines subies injustement. Dès la première lecture, le docteur von Schelling a déclaré que les gouvernements confédérés partageaient le sentiment dont s'était inspiré le projet, qu'ils se sont toujours efforcés de dédommager les victimes des erreurs judiciaires, mais qu'ils se refusaient à laisser voter sur cet objet une mesure législative. La question est restée en suspens jusqu'à la séance du 7 décembre 1887 où elle a été reprise par les députés Munckel et Rintelen. Après les discours des deux auteurs de la proposition et du député Keckemann, le commissaire du gouvernement, von Lenthe, a conclu au rejet tout en laissant espérer que chaque gouvernement aurait à cœur d'indemniser les victimes des erreurs judiciaires. Malgré l'attitude hostile du conseil fédéral, le Reichstag doit passer ultérieurement à une seconde lecture.

En Belgique, dès le 15 mars 1862, M. Nothomb, dans une discussion relative aux servitudes en général, réclamait devant la

Chambre des représentants une réparation pour les citoyens acquittés ou victimes d'une injuste détention préventive sur lesquels, pesait, disait-il avec beaucoup d'esprit, la plus énorme des servitudes, la servitude judiciaire. A la séance du 30 novembre 1864, au cours des débats sur le budget du ministère de la justice, M. Jacobs signalait au gouvernement et à la législature la nécessité d'introduire dans la législation le droit à l'indemnité en faveur de ceux qui ont subi une détention préventive et dont la poursuite s'est terminée par un jugement d'acquiescement. En 1872, MM. de Moermann, d'Harlebeke et Defuisseaux demandèrent au gouvernement la présentation d'un projet de loi destiné à régler l'indemnité des victimes de la détention préventive. Ces diverses propositions n'ayant pas abouti, M. Robert présenta le 20 février 1884 un projet de loi dans le même sens. Il fut pris en considération et renvoyé à l'examen des sections. D'après les renseignements qu'a bien voulu nous fournir un membre distingué de la Cour d'appel de Bruxelles, M. Bidard, que nous remercions de son gracieux concours, il semble que, cette fois encore, la question ne recevra pas de solution. Tant il est vrai que les causes les plus justes ne triomphent que bien difficilement des préjugés et des erreurs du passé.

Il nous reste, en dernier lieu, à déterminer et le mode d'application de la réforme dont nous croyons avoir justifié la légitimité et les moyens à l'aide desquels devra s'effectuer le paiement de l'indemnité. La nature des choses même implique certaines distinctions selon qu'il s'agira d'un condamné reconnu innocent dans une instance en révision, d'un individu acquitté par les juridictions criminelles ou correctionnelles, ou enfin d'une personne relaxée des poursuites après une détention préventive.

Tout d'abord nous devons rappeler la règle déjà énoncée au cours de cette étude, c'est qu'en aucun cas il ne sera alloué d'indemnité si l'individu condamné ou poursuivi à tort et plus tard reconnu innocent a commis une faute, s'est rendu coupable d'agissements repréhensibles qui ont amené la condamnation ou provoqué les poursuites. L'admission du système contraire donnerait naissance à des abus et produirait peut-être ce résultat étrange que, dans certaines circonstances, l'indemnité, au lieu

d'être la réparation d'un préjudice, constituerait en apparence la récompense de fautes imputables aux indemnisés. Il ne faut pas que la conscience publique puisse être révoltée par l'application de la réforme, sinon elle ne tarderait pas à la répudier.

Les fautes, les agissements qui seront de nature à faire repousser l'indemnité sont difficiles à définir. Bornons-nous à dire qu'ils devront avoir une relation directe avec les condamnations et poursuites imméritées et à en citer quelques exemples. Dans cette catégorie, on doit placer les actes délictueux à la suite desquels on constate l'existence de moyens péremptoires qui annihilent la prévention, comme l'amnistie, la prescription, le défaut de discernement, car si le crime et le délit disparaissent, la faute, sauf peut-être pour les impubères, subsiste assurément. Il est douteux qu'il en soit de même du cas d'absolution, car, si le fait ne constitue ni crime, ni délit, il est licite en ce qui concerne la loi sociale et partant ne semble pas devoir priver son auteur du droit d'être indemnisé. Quant au cas de légitime défense, c'est à tort, selon nous, que M. Bernard, dont la science déplore la perte, soutient que la personne acquittée pour ce motif ne peut prétendre à une réparation sous le prétexte que la poursuite était nécessaire pour faire cesser les alarmes causées par le crime et pour faire apparaître au grand jour les motifs qui le justifient. Un tel raisonnement n'est pas convaincant. Celui qui use du droit sacré de défendre sa personne et sa vie ne commet pas de faute, et, si l'exercice de ce droit l'expose à des poursuites et à un emprisonnement préventif, il mérite d'être indemnisé.

M. Bonneville de Marsangy n'admet la responsabilité de l'Etat que lorsqu'il n'y a ni partie civile, ni plaignant, ni dénonciateur légalement responsable. A notre sens, le point de vue auquel se place ce criminaliste distingué est beaucoup trop absolu. Il semble en effet qu'en thèse générale c'est à l'Etat qu'incombe exclusivement la réparation du dommage causé à un inculpé soit par le fait des magistrats que le pouvoir a nommés, soit par celui des citoyens auxquels la loi délègue le droit de poursuivre ou donne la faculté de s'associer aux poursuites du ministère public. Cependant, quand la partie civile aura pris qualité dès le début de l'instruction et de la sorte participé acti-

vement aux poursuites, on peut se demander si ce ne sera point le cas de lui faire supporter tout ou partie de l'indemnité allouée, mais seulement dans ses rapports avec l'État qui aura son recours contre elle pour le cas où l'action exercée n'aurait pas été exempte de faute. Quant à la société qui doit garantir la sécurité des citoyens, elle est tenue d'indemniser directement les individus injustement poursuivis ou condamnés. Il serait par trop étrange qu'alors qu'elle seule peut arrêter et punir les prévenus, ce fût la partie dont l'action est la moins prépondérante qui dût payer l'indemnité.

En ce qui touche les condamnés en matière criminelle ou correctionnelle, dont l'innocence aura été reconnue après un procès en révision suivi conformément aux dispositions des art. 443, 444, 445, 446 et 447 du Code d'instruction criminelle, ce sont, selon les cas, la Cour d'assises, la Cour d'appel ou la Cour de cassation elle-même, lorsqu'il n'y aura pas lieu à renvoi, qui devront statuer sur les demandes d'indemnité. Notre législation n'admet pas que les condamnations en matière de simple police puissent faire l'objet d'un recours en révision, sans doute en vertu de la maxime : *de minimis non curat prætor*. Il est vrai que l'emprisonnement prononcé par le juge de police n'entraîne aucune incapacité légale et qu'il n'a pas le caractère de gravité inhérent aux peines correctionnelles et criminelles. Est-ce une raison suffisante pour que le contrevenant qui a injustement subi de un à cinq jours de prison doive être privé du droit de faire constater son innocence et ensuite d'obtenir une indemnité? Personne ne le croira, car une injustice, si peu préjudiciable qu'elle soit, est toujours nuisible non seulement aux intérêts privés, mais encore aux intérêts de la société. A notre sens, il y aura donc lieu de compléter le Code d'instruction criminelle par une disposition portant que les condamnations à l'emprisonnement en simple police seront soumises à la révision au même titre que les condamnations criminelles ou correctionnelles.

L'action en indemnité passera à la femme et aux héritiers du condamné ou de l'acquitté.

Lorsque l'affaire ne sera pas susceptible de renvoi devant une autre juridiction, la Cour de cassation fixera elle-même dans le

cours du procès en révision le montant de l'indemnité, après avoir entendu le ministère public. Dans le cas contraire, ce sont les Cours d'assises, Cours d'appel, tribunaux de police correctionnelle ou de simple police saisis de l'instance qui statueront, sur les conclusions des membres du parquet. Quant aux acquittements intervenus dans les conditions ordinaires, les juridictions qui les prononceront seront tenues d'abord de déclarer d'office que les accusés et prévenus sont innocents et n'ont pas provoqué par leurs fautes les poursuites dirigées contre eux, puis, après avoir entendu le ministère public, elles détermineront le quantum de l'indemnité et décideront, s'il y a eu constitution de parties civiles, quelle portion de cette indemnité devra être mise à leur charge. Ces décisions pourront être soumises à la Cour de cassation. Il n'y aura qu'à modifier en ce sens les art. 358, 212, 192 et 159 du Code d'instruction criminelle.

En ce qui concerne, les ordonnances et arrêts de non-lieu, l'application de la réforme comporte des difficultés spéciales qui résultent de la nature même de ces décisions. Ces ordonnances, ces arrêts n'ont pas un caractère définitif, ils peuvent être anéantis par la reprise de l'information qui a toujours lieu, lorsque surviennent des charges nouvelles. Dans ce cas, il serait possible que l'individu déclaré innocent, lors des premières poursuites, fût reconnu coupable par la nouvelle instruction dont il serait l'objet. Il y aurait là une contradiction flagrante qu'on devrait éviter en n'allouant pas d'indemnité, tant que la certitude de l'innocence ne serait pas irrévocablement acquise.

Ce système est d'une dureté qui le rend inique et par conséquent doit le faire repousser. Le citoyen indûment poursuivi n'a-t-il pas été flétri par une injuste accusation, privé de sa liberté et, à raison du dommage qu'il a subi, n'a-t-il pas droit à une réparation? Bien souvent, d'ailleurs, il pourra être justifié soit parce qu'il prouvera un alibi, soit parce que l'auteur des faits incriminés viendra à être découvert et que sa culpabilité exclura celle de la personne qui a été l'objet des précédentes poursuites. Il serait donc exorbitant d'attendre que les délais de la prescription fussent écoulés pour accorder une indemnité.

Qu'arriverait-il, au pis aller, dans le cas où l'innocence ayant

été reconnue au début, ce serait la culpabilité qui ressortirait de la reprise de l'instruction? Il y aurait là sans contredit un fait regrettable, mais qui ne saurait compromettre le prestige de la justice. Les juges d'instruction, les chambres d'accusation, ne statuent qu'avec les éléments de conviction qui ont été recueillis. En l'absence de toute preuve, de tout indice contre un prévenu, il va de soi qu'il doit être relaxé, et cette décision est juste au moment où elle a été rendue. Les événements postérieurs ne sauraient réagir sur elle et, quoi qu'il advienne, c'est à bon droit qu'au moment précis de la clôture de l'information il est intervenu une ordonnance ou un arrêt de non-lieu. L'innocence, même relative, de celui qui en a bénéficié, son droit à une indemnité ne peuvent donc être rétroactivement effacés. Cette situation juridique imposera une grande prudence aux magistrats instructeurs, c'est à bon escient seulement qu'ils devront déclarer l'innocence de ceux contre lesquels ils informeront. Si pourtant il se produisait une contradiction entre deux de leurs décisions, l'erreur serait moins grave que quand une condamnation est injustement prononcée. La justice humaine est faillible, elle déclare parfois d'une manière définitive, sauf le cas de révision, qu'il y a culpabilité à l'encontre d'un innocent; pourquoi donc ne pourrait-elle pas décider temporairement qu'un coupable a établi son innocence?

Pour éviter l'inconvénient que nous venons de signaler, on a proposé de déclarer qu'il n'y aura pas lieu à la réouverture de l'instruction après une ordonnance de non-lieu confirmée par la chambre d'accusation. Selon nous, le remède serait pire que le mal. Les reprises de poursuites, dans les délais de la prescription sont édictées en vue de la sécurité sociale, pour assurer la répression de faits demeurés primitivement impunis par suite de circonstances spéciales. Il ne faut pas échanger des garanties de cette nature contre des avantages problématiques, et, en tout cas, bien inférieurs.

L'action en indemnité pourrait être, à défaut de la personne indûment poursuivie, exercée par sa veuve et par ses héritiers.

Nous estimons en conséquence qu'il y a lieu d'ajouter aux ar-



ticles 128 et 229 du Code d'instruction criminelle une disposition qui obligera les juges d'instruction et les chambres d'accusation à déclarer explicitement que les prévenus sont innocents et n'ont pas motivé les poursuites par leur faute, qui donnera à ces magistrats mission de statuer sur le montant des indemnités, sauf recours devant la chambre d'accusation dans le premier cas, et, dans le second, pourvoi devant la Cour suprême.

Tels sont, dans leur ensemble, exposés aussi complètement que nous l'avons pu, les arguments de principe, les considérations doctrinales, les précédents historiques et législatifs et les moyens d'application qui concernent le droit à l'indemnité en cas de poursuites et de condamnations injustes. Si indifférents que puissent être en ce moment, pour une réforme qui n'a aucun caractère politique, les pouvoirs publics et l'opinion du pays, nous croyons que la question est mûre pour une discussion nouvelle et qu'une solution favorable ne saurait tarder à intervenir. Les démocraties comme la nôtre vivent surtout d'équité et de justice, elles ont à cœur d'entourer de sérieuses garanties les droits des citoyens et de réparer le préjudice que l'exercice du pouvoir social a pu leur faire éprouver. Aussi, lorsqu'il s'agit d'abolir une de ces iniquités dont la persistance dans notre société s'explique uniquement par une durée séculaire, doit-on légitimement espérer que bientôt le sentiment public se prononcera avec une irrésistible énergie et qu'alors la mesure réparatrice que nous réclamons s'imposera comme une nécessité à nos législateurs.

H. PASCAUD.

### L'ÉCOLE ANTHROPOLOGIQUE EN MATIÈRE DE CRIMINALITÉ.

*Lettre de M. Luigi LUCCHINI, professeur de droit pénal à l'Université de Bologne, à M. Charles LUCAS, membre de l'Institut de France.*

Bologne, 26 août 1888.

Monsieur et très cher Maître,

Vous venez de me demander des renseignements sur la « nouvelle école » de droit pénal en Italie, c'est-à-dire sur l'école de Lombroso et Ferri, pour savoir aussi si elle est, comme l'on dirait à la Bourse, « en hausse ou en baisse ».

Vraiment, je ne suis pas, peut-être, la personne la mieux choisie pour vous donner ces renseignements, parce que je suis, comme vous le savez, un des adversaires<sup>1</sup> les plus déclarés de ce courant scientifique, qui base la pénalité sur le principe de la *prédestination anthropologique* du criminel et sur la *sélection artificielle* de la société.

Je crains que ce ne soit un bouleversement complet des principes juridiques et politiques, avec la conséquence directe de détruire la personnalité humaine et de méconnaître les justes limites du pouvoir de l'Etat, les garanties des citoyens et les ressorts plus puissants et universels de la civilisation et de l'humanité. Il y a plus encore : c'est un bouleversement et un déplacement des compétences scientifiques.

J'admets parfaitement qu'on puisse et doive étudier les causes de dégénération humaine, parmi lesquelles il y a certainement le crime, et que l'on essaye de rechercher les moyens pour les combattre, au nombre desquels, mais au deuxième rang, il y a la peine sociale. Mais cela c'est bien faire de l'anthropologie, de la psychologie et de la sociologie, non pas du droit. Je consens aussi et je demande que le criminaliste, en étudiant le coupable et les remèdes pour le neutraliser, connaisse, le mieux possible, la nature humaine en général et en particulier celle du criminel. Mais celles-ci sont, pour le juriste, des recherches complémentaires qui ne peuvent pas entraver le développement et l'application des lois et principes fondamentaux en droit, et qui découlent des autres sources également et peut-être plus encore positives, humaines et naturelles que les sources soi-disant anthropologiques.

Il y a violation de la compétence scientifique par un autre

<sup>1</sup> M. Lucchini est le très compétent et éminent auteur du livre fort remarquable et fort remarqué, publié en italien, en mai 1886 à Turin, Rome et Naples sous le titre : « *I semplicisti (antropologi, psicologi et sociologi) del diritto penale-saggio critico* de Luigi LUCCHINI. »

Ce livre de 300 pages est une appréciation de la plus grande valeur concernant l'école anthropologique et dont la traduction serait bien désirable, en France, où du reste les principes de l'école anthropologique en matière de criminalité sont loin d'avoir rencontré un accueil sympathique parmi les criminalistes les plus autorisés.

C... L...

côté. La société politique qui se sert de la pénalité pour frapper le coupable, ne lui assigne pas une fonction biologique pour le progrès futur de la race humaine (ça serait trop, et conduirait directement à la police anthropologique des mariages et des naissances presque comme à Sparte). Mais elle lui demande une fonction juridique pour la conservation et la sécurité *actuelle* de l'organisme social, avec un juste équilibre des exigences collectives vis-à-vis des exigences individuelles.

Enfin j'appelle paradoxales et très peu sérieuses des doctrines qui se basent sur des données et des recherches qui sont pour le moment tout-à-fait embryonales, incertaines, contradictoires, et que je me suis efforcé de démontrer absolument insuffisantes à établir l'existence d'une quelconque des thèses anthropologiques, et notamment du fameux type criminel.

Au résumé, je répète ici ce que j'ai écrit ailleurs, que les idées de MM. Lombroso et Ferri ont eu de l'éclat particulièrement parce qu'elles se sont présentées avec un entourage d'appareils extérieurs, des tables, des chiffres et des calculs statistiques, des cartogrammes, des dyagrammes, des photographies, des images phosphoreuses, des oracles puisés à l'anthropologie, à la biologie, à l'ethnologie, à la psychiatrie, à la sociologie et à beaucoup d'autres branches savantes très modernes dont le nom seul impose une haute considération, accompagnées par une exposition des crânes et des cerveaux humains, des compas crâniométriques et des dynamomètres, des machines électriques et photographiques, de tout ce, en un mot, qui peut frapper l'imagination et faire supposer l'existence d'un grand savoir acquis à l'égard de ce qui touche de plus près la vie et les faits humains et sociaux.

Mais vous me demandez si l'école de Lombroso et Ferri est en hausse ou en baisse dès à présent. Je ne suis à même de vous répondre qu'en appelant votre attention sur les faits suivants... très positifs.

1° Aucune idée appartenant à la « nouvelle école » n'a été adoptée dans le projet du nouveau Code pénal, ni par le gouvernement, ni par la commission de la Chambre <sup>1</sup> ;

<sup>1</sup> On peut ajouter que c'est M. le professeur Lucchini qui a été chargé par M. le ministre Zanardelli, de remanier suivant ses instructions la

2° M. Ferri, qui est député à la Chambre, a bien fait un long discours dans la discussion du projet, mais il n'a pu proposer aucune modification essentielle, et il n'a trouvé aucun orateur qui ait accueilli ses points de vue.

3° On voit décroître à la fois, de jour en jour, le nombre des partisans des idées de MM. Lombroso et Ferri, recrutés surtout parmi les médecins, ainsi que le nombre des travaux à l'appui.

Voilà tout ce que je puis vous dire en peu de mots.

J'ajouterai seulement qu'en Italie il n'y a pas une chaire de droit pénal, dans nos vingt et une Universités, où l'on suive les idées des anthropologistes. L'on peut dire la même chose de l'Autriche, où je ne connais que le professeur de psychiatrie à l'Université de Vienne, M. Benedikt, qui soit partisan du type criminel, tout en repoussant les doctrines anthropo-juridiques. En Allemagne il y avait M. Liszt, professeur de droit pénal à Marbourg et directeur d'une Revue scientifique très estimable, qui paraissait les suivre; mais aujourd'hui il les a nettement répudiées, et a déclaré dans ses derniers travaux qu'il va se rapprocher plutôt de mes idées qui sont certainement progressives, mais qui ne s'écartent jamais des points de vue fondamentaux relativement à la place et au but pratique et civil du droit pénal.

Veillez agréer, Monsieur et cher maître, l'expression de mes sentiments les plus dévoués.

L. LUCCHINI.

nouveau Code pénal, ce qui témoigne de la haute confiance que lui inspire sa compétence et l'importance qu'on doit attacher à ses appréciations relatives à la doctrine de MM. Lombroso et Ferri.

C. L...

---

*L'Editeur-Gérant* : F. PICHON.

---

## EXAMEN DOCTRINAL

## JURISPRUDENCE CIVILE

(Décisions recueillies pendant l'année 1887),

par M. Ch. MASSIGLI, agrégé près la Faculté de Droit de Paris.

## ÉTAT. — CAPACITÉ. — CONTRAT DE MARIAGE.

*Sommaire.*

- I. — Validité d'une reconnaissance d'enfant naturel contenue dans une déclaration faite, sous la foi du serment, au cours d'une procédure criminelle. — Créance d'aliments accordée à l'enfant naturel reconnu pendant le mariage d'un de ses auteurs.
- II. — La reconnaissance faite pendant le mariage peut-elle être attaquée s'il y a eu collusion du parent naturel avec son conjoint?
- III. — Action en dénégation de paternité contre un enfant dont la naissance n'a pas été constatée sur les registres de l'état civil.
- IV. — Divorce. — Prohibition de mariage entre l'époux adultère et son complice. — Désignation de ce dernier.
- V. — Conséquences de la réconciliation des époux relativement aux libéralités révoquées par la séparation de corps.
- VI. — Convention d'indivision entre époux et quasi-indisponibilité des biens du mari établie par contrat de mariage.
- VII. — Justification des reprises mobilières de la femme vis-à-vis des créanciers de son mari, en cas de communauté d'acquêts.

## I.

Validité d'une reconnaissance d'enfant naturel contenue dans une déclaration faite, sous la foi du serment, au cours d'une procédure criminelle. — Créance d'aliments accordée à l'enfant naturel reconnu pendant le mariage d'un de ses auteurs. (Cass. Req. 13 juillet 1886, S. 1887, 1. 65).

C'est un point à peu près établi parmi les auteurs et dans la jurisprudence que la reconnaissance d'un enfant naturel n'est pas nécessairement irrégulière quand elle n'a pas été faite devant un officier de l'état civil ou devant un notaire. On ne doit certes pas dire que tout officier public ayant qualité pour imprimer l'authenticité aux actes qu'il rédige ait compétence pour recevoir une reconnaissance. Tels ou tels fonctionnaires ou officiers publics seront toujours sans caractère pour recevoir une déclaration qui intéresse l'état des personnes, et nous tenons pour bien rendue une décision de la Cour de Limoges, en date du 7 décembre 1886 (S. 1887. 2. 29), jugeant qu'on ne doit pas considérer comme une reconnaissance valable une déclaration de maternité faite devant

un maire lors de la réception d'un engagement militaire où il intervient comme fonctionnaire de l'ordre administratif. Néanmoins, il faut tenir compte de ce fait que la loi n'exige pas, à défaut d'acte de l'état civil, un acte notarié ; elle ne demande que l'authenticité (art. 334, C. civ.).

C'est pourquoi l'on admet, très généralement, qu'une reconnaissance est valable si elle est faite devant un tribunal, au cours d'une instance, ou devant un juge, dans l'accomplissement d'un acte de ses fonctions, tel qu'un interrogatoire ou une enquête, pourvu qu'elle se rattache étroitement aux faits dont le tribunal ou le juge se trouve saisi. Cette solution ne dérive pas, quoi qu'en ait dit M. Laurent (*Principes*, t. 4, n° 47), d'une confusion entre la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse. La confusion existerait si nous autorisions le tribunal, le juge-commissaire ou instructeur, à recevoir *de plano* la déclaration de paternité ou de maternité que le parent naturel viendrait leur faire ; mais nous ne disons rien de semblable : nous leur attribuons compétence uniquement pour la reconnaissance qui se produit accessoirement à un acte de leur juridiction.

L'arrêt de la Chambre des requêtes confirme sur ce point la solution commune et il en fait une application intéressante.

Une jeune fille séduite, puis abandonnée par son amant qui avait épousé une autre personne, avait tenté de le tuer. Entendu comme témoin par le juge de paix agissant en qualité d'officier de police judiciaire, l'amant avait reconnu avoir eu avec l'inculpée des relations qui avaient eu pour suite une grossesse : cette déclaration semblait avoir été faite dans une intention qui lui donnait le caractère d'une véritable reconnaissance et les juges du fait l'avaient considérée comme telle.

Le pourvoi prenait son point d'appui dans la circonstance que le prétendu père avait déposé devant le juge de paix après avoir prêté le serment prescrit par l'art. 75 du Code d'instruction criminelle. Il avait juré de dire toute la vérité ; il ne pouvait pas, sans commettre un parjure, nier des relations dont l'existence importait au plus haut point pour l'appréciation de la culpabilité de l'inculpée ; son aveu de paternité n'était donc pas l'expression d'une volonté parfaitement libre.

La Chambre des requêtes, avec juste raison, a repoussé l'argument. Le défaut de liberté vicie la reconnaissance d'un enfant naturel; mais le défaut de liberté est autre chose que le défaut de spontanéité. Un double devoir sollicitait le père : à son devoir envers l'enfant conçu de ses œuvres s'ajoutait le devoir de ne rien cacher des circonstances qui avaient trait à la tentative criminelle dont il avait été l'objet; on ne rencontrait pas là les éléments de la contrainte. On valide en jurisprudence les reconnaissances provoquées par des poursuites judiciaires en recherche de paternité ou de maternité; il eût été singulier que le cas actuel fût apprécié avec plus de rigueur.

Le même arrêt de la Chambre des requêtes statue sur une difficulté qui naît de la disposition de l'art. 337 du Code civil.

Le caractère et la validité de la déclaration de paternité avaient été mis en question à l'occasion d'une demande d'aliments introduite en justice dans l'intérêt de l'enfant. Etant admis qu'il y avait reconnaissance régulière, il restait à savoir si, à raison de l'époque où elle s'était produite, en présence d'un conjoint et d'enfants légitimes, la demande d'aliments n'était pas irrecevable par application de l'art. 337.

La négative a été admise. La décision porte que le père sera tenu de fournir des aliments tant sur ses biens personnels que sur ceux de la communauté existante avec sa femme. Elle s'explique certainement par l'idée que le mari a la disposition de ses biens personnels et de ceux de la communauté (art. 1421 et 1422, C. civ.), et elle se concilie avec une décision antérieure de la Cour suprême (16 décembre 1864, S. 1862. 4. 420), qui refuse à l'enfant reconnu par une femme mariée le droit de se faire payer des aliments sur les ressources de la communauté, en ce qu'elles dérivent toutes deux d'une même théorie générale qui subordonne la réussite de la demande de l'enfant au point de savoir si les conventions matrimoniales accordent ou refusent, à l'auteur qui l'a reconnu, la disposition des valeurs sur lesquelles les aliments pourraient se prendre (Cf. Aubry et Rau, t. 6, § 568 *quater*, p. 185; Demolombe, t. 5, n° 472).

Nous concevons très bien que, mise en présence d'un texte qu'il ne paraît pas possible d'écarter, mais dont l'application litté-

rale conduit, dans la question qui nous occupe, à une iniquité flagrante, la jurisprudence se rallie à une interprétation qui, dans certains cas au moins, donne satisfaction aux sentiments d'humanité. Nous ne croyons pas moins, qu'à s'attacher aux termes de la loi et aux motifs par lesquels on s'est efforcé de l'expliquer, (le souci de la paix du ménage, celui des intérêts pécuniaires du conjoint et de la descendance légitime), la disponibilité plus ou moins grande des ressources de la famille aux mains de l'auteur de la reconnaissance est indifférente pour la solution de la question. Le droit de libre disposition implique, pour le père ou la mère, la faculté de pourvoir, s'il lui convient, aux besoins de son enfant, sans avoir à rendre compte des valeurs employées à cet usage; il ne prouve pas que l'enfant ait le droit d'agir en justice pour obtenir ce qui ne lui serait pas fourni volontairement. Quand il élève cette prétention, il heurte les intérêts de la famille légitime, il risque de modifier les conditions d'exercice du droit d'éducation qui appartient aux enfants légitimes (art. 203, C. civ.), il menace la paix du ménage. Ou sa demande n'est jamais recevable, ou la question est en dehors des prévisions de l'art. 337.

## II.

La reconnaissance faite pendant le mariage peut-elle être attaquée s'il y a eu collusion du parent naturel avec son conjoint? (Cour de Pau, 2 juillet 1885; Dalloz, 1886. 2. 165).

Les conséquences toujours rigoureuses de l'art. 337 sont particulièrement injustes quand l'enfant naturel qu'elles viennent atteindre se trouvait, dès avant le mariage de son auteur, en mesure de rechercher utilement sa filiation.

Dans ces conditions, en effet, la reconnaissance a pu devenir une arme aux mains d'un parent disposé à sacrifier l'intérêt de son enfant naturel à celui de sa descendance légitime ou de son conjoint; elle a pu lui fournir le moyen de dépouiller l'enfant naturel des droits héréditaires qu'il aurait été à même de faire valoir plus tard. — Une protestation est-elle possible devant la justice? L'enfant naturel est-il admis à répudier la reconnaissance qui lui nuit, à raison de sa date, pour établir sa filiation en dehors d'elle?



Notons qu'il n'aurait intérêt à le faire qu'après la dissolution du mariage de son auteur, car il est aujourd'hui de jurisprudence constante que l'art. 337 s'applique à la filiation naturelle judiciairement constatée pendant le mariage, tout aussi bien qu'à celle qui a été volontairement reconnue par le père ou par la mère. Mais, même à cette époque, sa prétention ne devrait pas être accueillie. La reconnaissance d'un enfant naturel vaut malgré son refus ou sa protestation; elle constitue par elle-même, et indépendamment de toute acceptation, une preuve qui peut être invoquée contre lui aussi bien que par lui, et dès qu'il n'en conteste ni la validité ni la sincérité, il n'y a point de place pour une autre preuve, car la filiation est établie formellement et complètement.

La décision de la Cour de Pau est conçue en ce sens. Mais elle contient dans ses motifs une proposition que nous devons signaler. « Attendu, porte-t-elle, qu'en présence d'une reconnaissance aussi formelle, il est dès maintenant établi que Clément C... est le fils naturel de Marie C... Qu'à la vérité, si cette reconnaissance avait été faite par la mère dans l'intention de nuire à son fils naturel ou par collusion avec son mari et ses autres enfants, C... pourrait être recevable à la critiquer; mais que rien de pareil n'existe dans la cause..... »

C'est, en un certain sens, la confirmation de l'idée que nous avons implicitement émise. S'il ne peut répudier la reconnaissance par cela seul qu'il lui aurait été plus avantageux qu'elle ne se produisît pas, l'enfant naturel a du moins le droit d'en relever la nullité si elle présente un vice dont il soit autorisé à se prévaloir. Mais c'est autre chose encore : c'est l'indication d'une cause de nullité spéciale à l'hypothèse de l'art. 337, et qui ne semble pas avoir préoccupé les interprètes, l'intention malveillante du parent naturel, sa collusion avec son conjoint ou ses enfants légitimes.

On a déjà soutenu que l'art. 337 ne peut pas être invoqué, du moins par le conjoint, quand il est démontré qu'il connaissait, avant le mariage, la filiation dont la constatation légale a eu lieu depuis. Le législateur aurait voulu protéger l'époux victime d'une réticence frauduleuse et non celui qui n'a rien ignoré. (Voy. le

rapport de M. le conseiller Connelly sur l'affaire jugée par l'arrêt du 28 mars 1878, S. 1879.1.337). La thèse de notre arrêt permettrait d'apporter, dans des conditions données, un autre correctif à une disposition dont tout le monde regrette la sévérité. Mais nous doutons qu'elle soit unanimement acceptée.

Elle prête d'abord à la critique en ce qu'elle autorise la recherche des motifs qui ont porté le parent naturel à reconnaître son enfant, pour en faire dépendre le sort de l'acte. D'un autre côté, l'art. 337 s'inspire exclusivement de l'intérêt de la famille légitime, « du respect de la foi sous laquelle le mariage a été contracté » ; serait-ce en observer l'esprit que de relever l'idée de fraude aux espérances, (on ne peut pas dire aux droits), de l'enfant naturel, et d'annuler sur ce motif un acte que les circonstances montreraient avoir été concerté et accompli précisément pour garantir le conjoint et les enfants nés du mariage du préjudice que pourrait leur occasionner une constatation de la filiation obtenue plus tard de la justice?

### III.

Action en dénégation de paternité contre un enfant dont la naissance n'a pas été constatée sur les registres de l'état civil. (Cour de Lyon, 21 janvier 1886; Dalloz, 1887. 2. 5).

La question de droit résolue par la Cour de Lyon s'était déjà présentée devant la justice. Il s'agissait de savoir si le mari peut intenter une action préventive en dénégation de paternité, contre un enfant qui est né de sa femme, mais qui ne se rattache légalement à elle ni par la possession d'état, ni par un titre régulier.

L'affirmative a été admise dans des cas où l'enfant avait un acte de naissance qui le déclarait né, soit de parents inconnus, soit de père inconnu et d'une femme autre que sa véritable mère; elle a été constamment suivie par la Chambre des requêtes (Req. 4 février 1851, S. 1851. 1. 208; 14 février 1854, S. 1854, 1, 225; 9 mars 1864, S. 1864. 1. 305), et, réserve faite de quelques nuances relatives à la dénomination de l'action, que les arrêts qualifient action en désaveu, elle a réuni dans la doctrine des partisans d'une grande autorité (Cf. Aubry et Rau, t. VI, § 545, p. 50, texte et note 72; Demolombe, *Paternité et filiation*, n° 146 bis, III). Mais elle a été très vivement combattue par

M. Laurent (*Principes*, t. III, n° 434) : le désaveu, suivant lui, serait ici sans objet; il serait même impossible, parce qu'il impliquerait une recherche préalable de maternité qui serait une recherche de maternité adultérine.

L'arrêt de la Cour de Lyon, intervenu dans une espèce où il n'avait pas été dressé d'acte de naissance, est conforme à l'opinion précédemment émise par la Cour suprême.

Les circonstances étaient du reste favorables à cette solution. Les deux époux étaient séparés de corps depuis plusieurs années; l'action était formée en réponse à une sommation bientôt suivie d'une assignation, signifiées l'une et l'autre à la requête de la femme, à l'effet d'obtenir l'autorisation nécessaire pour faire régulariser l'état civil de l'enfant qu'elle avait mis au monde trois ans auparavant, et dont la naissance avait été dissimulée jusque-là, vraisemblablement dans le but d'éviter une poursuite pour délit d'adultère. Il n'a paru ni humain ni raisonnable de refuser au mari le droit de « protester immédiatement contre l'injure qui lui était faite et de surbordonner ce droit au concours qu'il prêterait d'abord à sa femme pour constituer un état civil qu'il aurait ensuite à détruire. »

On aurait pu s'attendre, dans cet état des faits, à voir la Cour argumenter de l'art. 325, C. civ., qui, dans la supposition d'une réclamation d'état formée par un enfant né de l'adultère, permet aux intéressés de se défendre par tous les moyens propres à justifier de la non-paternité du mari. Les circonstances n'étaient pas rigoureusement celles que la loi prévoit dans son texte; néanmoins, l'injonction adressée au mari d'avoir à donner son autorisation, pour la régularisation de l'état civil, éveillait naturellement l'idée de ce droit de défense et il avait été invoqué dans le débat. L'arrêt n'y fait pas allusion. Il se place très fermement sur un autre terrain : — aucune disposition de loi ne subordonne le droit de désaveu à l'existence d'un titre aux mains de l'enfant; la règle de l'action vient de l'intérêt; le mari est juge du sien, et l'on ne saurait lui refuser d'agir et de prendre l'initiative pour se protéger, lui ou ses héritiers, contre une réclamation imprescriptible qui pourrait être difficile à repousser plus tard, si la preuve avait déperé par l'effet du temps.

Ce raisonnement provoque à notre avis certaines réserves. L'action qu'on accorde au mari (la remarque est essentielle à faire au point de vue de ses règles d'exercice, notamment au point de vue de la règle de délai contenue dans l'art. 316, C. civ.), ne saurait être l'action en désaveu réglementée par les art. 312 à 318 C. civ. Ces dispositions supposent évidemment que l'enfant a sa filiation régulièrement établie vis-à-vis de la femme dont le mari le désavoue. La dénégation de paternité, dans notre cas, est d'une autre nature; elle est de même nature que dans le cas visé par l'art. 325, et c'est en définitive dans la disposition de cet article qu'il faut en chercher le fondement.

L'art. 325 se place dans l'hypothèse qui se présentera le plus fréquemment, quand il nous montre le mari défendeur, opposant sa dénégation de paternité sous forme d'exception dans une instance où l'enfant s'efforce d'établir sa filiation maternelle par la preuve testimoniale. Celui qui possède un droit susceptible de s'exercer par voie d'exception peut le faire valoir par voie d'action, s'il y a intérêt. Or, c'est un intérêt suffisant que celui qui tend à empêcher que l'exercice du droit ne soit compromis dans l'avenir (Cf. Aubry et Rau, t. 8, § 746, p. 119; — Garsonnet, *Cours de procédure*, t. 1, p. 475 et note 22). Des textes précis nous montrent que telle est la pensée de la loi quand il s'agit de droits pécuniaires (art. 2263, C. civ., 193, C. proc. civ.); pourquoi n'en serait-il pas de même quand il s'agit de droits intéressant l'état des personnes?

On objecte que nous autorisons ainsi une recherche de maternité adultérine. La réponse à faire est que la constatation d'une maternité adultérine est le résultat auquel aboutit toute dénégation de paternité venant du mari. Il faut sacrifier l'intérêt de celui-ci, ou accepter une conséquence inévitable.

#### IV

Divorce. — Prohibition de mariage entre l'époux adultères et on complice.  
— Désignation de ce dernier. (Tribunal de Melun, Cour de Paris, 2 août 1887, S. 1887. 2. 92 et 160).

L'art. 298 du Code civil, maintenu dans sa disposition essentielle par la loi du 27 juillet 1884, quoique la Chambre des députés se fût d'abord montrée peu convaincue de son efficacité,

porte « qu'en cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice. »

L'application de la prohibition se fera très simplement quand l'instance en divorce aura été précédée d'un procès correctionnel et d'une condamnation prononcée à la fois contre l'époux adultère et contre son complice.

Nous ne voyons pas non plus de difficulté dans le cas où la juridiction civile aurait été seule saisie, si le jugement rendu sur la demande en divorce contient le nom du complice de l'époux adultère. Il est vrai que, déjà dans cette hypothèse, on a élevé un doute : — Le complice n'a pas été partie dans l'instance, on livre son nom à la publicité, on prononce contre lui une sorte de condamnation sans qu'il ait été entendu, sans qu'il ait été appelé, cela est contraire aux principes, et le jugement ne devrait pas lui être opposable pour empêcher son mariage avec l'époux divorcé.

L'objection ne tend à rien de moins qu'à annihiler la prohibition dans tous les cas où, pour une cause quelconque, le complice n'aurait pas été traduit devant la juridiction répressive, car on ne peut pas le forcer à comparaître dans une instance civile qui ne l'intéresse pas principalement. Le législateur n'a pu vouloir ce résultat.

Nous arrêterons-nous à cette limite, ou bien dirons-nous que l'application de l'art. 298 demeure encore possible quoique le complice n'ait été expressément nommé dans aucune des décisions judiciaires provoquées par le fait de l'adultère? C'était la question du procès sur lequel ont statué le tribunal de Melun et la Cour de Paris.

Une poursuite correctionnelle avait été dirigée contre la femme, mais le complice n'y avait pas été compris. Le jugement correctionnel ne le désignait pas ; il visait seulement dans ses motifs et comme élément de preuve un procès-verbal de police qui constatait le flagrant délit et faisait connaître l'individualité des délinquants d'après les déclarations qu'ils avaient faites eux-mêmes au commissaire de police. Le jugement de divorce rendu postérieurement contre la femme se référait au fait de la con-

damnation correctionnelle pour adultère sans autre précision.

Le tribunal et la Cour ont été d'accord pour déclarer que la prohibition de mariage pouvait être invoquée. « Il suffit pour l'application de l'art. 298, lisons-nous dans la décision, que de l'ensemble des faits et circonstances de l'affaire, et sans qu'il soit besoin d'une constatation purement judiciaire, le nom du complice apparaisse d'une façon certaine et incontestable. »

Cette interprétation a été critiquée. « Imagine-t-on, écrivait, au lendemain de l'arrêt, un membre très distingué du barreau de Paris, le maire ou l'adjoint allant, de son propre mouvement, et par souci de la moralité publique, fouiller la vie passée des fiancés qui se présentent devant lui, et rechercher s'il n'y aurait pas quelque part un procès-verbal, une correspondance, un témoignage de nature à faire soupçonner la pureté de leurs relations antérieures? »

Il est certain qu'il y a une mesure à garder. Mais notre arrêt n'est pas tombé dans l'exagération qu'on lui reproche. Il veut que le nom du complice apparaisse avec certitude de l'ensemble des faits de la cause. Ces faits, comment l'officier de l'état civil les connaît-il? Par le jugement de divorce. Il n'interrogera donc en définitive que les circonstances visées ou relatées dans ce jugement ou dans le jugement correctionnel qui aurait précédé, et il ne se refusera à la célébration du mariage que si elles ne laissent pas de doute sur la complicité. Vaudrait-il mieux décider qu'il dépendra du juge de l'instance en divorce d'empêcher ou de permettre le mariage suivant qu'il lui plaira, (la loi ne lui impose rien à ce sujet), d'inscrire ou de taire le nom du complice dans sa sentence? Nous ne le pensons pas.

## V

Conséquences de la réconciliation des époux relativement aux libéralités révoquées par la séparation de corps. (Cour de Caen, 20 avril 1885; S. 1887. 2. 195).

La jurisprudence a étendu à la séparation de corps la disposition de l'art. 299, C. civ., et elle considère comme révoquées de plein droit les libéralités faites par son conjoint à l'époux contre lequel la séparation est prononcée.

Cette solution prise comme point de départ, si l'on suppose

que les époux se réconcilient et reprennent la vie commune, on est amené à se demander ce qu'il advient des avantages dont l'époux coupable avait perdu le bénéfice. La réconciliation les fait-elle revivre ou permet-elle au moins de les faire revivre? — la déchéance encourue est-elle au contraire définitive?

Il faut observer que, si nous adoptions le dernier parti, les époux auraient toujours la faculté de remplacer par des dispositions nouvelles les libéralités détruites. Mais la différence est grande entre le rétablissement des libéralités primitives et leur renouvellement. Pour ne signaler qu'un des points de vue sous lesquels elle apparaît, ce que nous entendons par renouvellement c'est une donation nouvelle qui sera révocable par essence, selon la règle de l'art. 1096, C. civ., comme donation faite pendant le mariage. S'il y a rétablissement, c'est la donation originale qui reparaît avec ses caractères et ses effets, et s'il s'agit d'une donation faite par contrat de mariage, elle reprend son irrévocabilité de donation contractuelle. Ceci donne à la question une importance toute particulière pour les donations de cette dernière espèce.

Des opinions diverses ont été émises.

On a enseigné que les effets de la révocation survivent à la réconciliation et qu'ils sont définitifs. On a tiré argument en ce sens de l'art. 1451, C. civ.. S'il y a une convention qui paraisse devoir revivre par le fait de la réunion des époux, c'est la convention constitutive du statut matrimonial. Or, l'art. 1451, C. civ. applicable à la séparation de biens accessoire à la séparation de corps tout comme à la séparation de biens prononcée principalement, nous apprend que cette convention ne reprend pas de plein droit son efficacité; il n'y a pas de raison pour que les donations reprennent la leur. Elles ne sont pas un élément essentiel de la vie commune; elles ne sont pas indispensables à son établissement et à sa durée; elles ne le sont pas davantage à sa reprise. De droit commun, ajoute-t-on, la réconciliation du donateur et du donataire coupable d'ingratitude ne fait pas recouvrer à celui-ci les donations dont sa faute a amené la révocation; la réconciliation des deux époux ne doit pas avoir plus de puissance.

Dans l'un et l'autre cas la donation peut être renouvelée, elle ne peut pas revivre.

La doctrine développée par la Cour est diamétralement contraire : la réconciliation fait revivre *ipso facto* les libéralités dont l'un ou l'autre des époux avait encouru la perte. La Cour invoque la tradition de notre ancienne jurisprudence. En ce qui concerne les biens, la reprise de la vie commune après la séparation remettait toutes choses, statut matrimonial et avantages, au même état qu'auparavant. Le Code a innové, mais sa disposition ne vise que les conventions matrimoniales proprement dites ; la tradition subsiste pour les libéralités. Et il fallait qu'elle subsistât. La réconciliation se conçoit et elle peut produire, dans l'intérêt de la famille, les plus précieux effets, sans que le régime matrimonial originaire soit rétabli ; mais elle ne serait pas complète, ce ne serait pas l'oubli des torts passés et le retour à la confiance et à l'affection primitives, si elle n'emportait pas la réintégration du conjoint dans les avantages que ces sentiments avaient d'abord déterminés.

Le dernier motif est très contestable, et la doctrine invoquée comme ayant été celle de notre ancienne jurisprudence n'était pas unanimement acceptée.

Nous croyons que la solution favorable à l'époux donataire qui a été donnée au procès trouve une base plus solide dans une autre argumentation que les faits de la cause permettaient d'invoquer, et dont la Cour s'est prévalu à titre subsidiaire.

La donation litigieuse était contenue dans le contrat de mariage des deux époux. Après leur réconciliation, et par un acte dressé en conformité des prescriptions de l'art. 1451, C. civ., ils avaient rétabli leur communauté telle qu'ils l'avaient stipulée dans leur contrat de mariage, et en exprimant la volonté de « faire cesser tous les effets de la séparation ». Cette déclaration expresse de volonté, suivant une opinion assez généralement suivie, pouvait rendre son efficacité à la donation contenue dans le contrat de mariage.

Il importe de préciser la portée de cette solution moyenne. Nous ne l'appliquerions pas aux donations faites durant le mariage : elles n'ont rien de commun avec le contrat de mariage. Elles ne se prêteraient qu'au renouvellement. — A l'égard des



donations par contrat de mariage, nous admettons avec MM. Aubry et Rau (t. 5, § 495, p. 211), que la simple déclaration que les époux entendent reconstituer leur régime matrimonial antérieur ne les ferait pas toujours revivre. Il y aurait lieu de distinguer entre les libéralités qui auraient formé une condition de l'adoption de ce régime et celles qui en seraient indépendantes ; les premières seraient rétablies, par application de l'art. 1451 *in fine* ; les autres ne revivraient que moyennant une manifestation suffisamment nette de la volonté des époux dans les formes de l'art. 1451. A la vérité, ce texte n'en a rien dit ; il n'a parlé que du rétablissement des conventions matrimoniales. C'est vraisemblablement parce que l'attention des anciens auteurs s'était principalement portée sur ce point ; mais de même que quelques-uns plaçaient autrefois sur la même ligne et le régime matrimonial et les avantages contenus au contrat de mariage, de même, il est permis de croire que la règle de l'article 1451 leur convient également.

## VI

Convention d'indivision entre époux et quasi-indisponibilité des biens du mari établie par contrat de mariage. (Cass. Req. 30 novembre 1886 ; S. 1887. 1. 401).

La clause de contrat de mariage dont la validité a été discutée devant la Chambre des requêtes est également remarquable par sa nouveauté et par l'intérêt des problèmes juridiques qu'elle soulève.

Deux futurs époux adoptent, comme régime général de leur union, le régime de la communauté. Ils le modifient par cette stipulation que l'apport actuel du mari et le montant de la dot qui lui est fournie par ses parents, — au total une somme de 150.000 francs, — ainsi qu'une autre somme égale de 150.000 francs, formant la dot constituée à la future épouse par ses ascendants, seront employés à faire, immédiatement après le mariage, l'acquisition d'un immeuble de revenu qui sera et demeurera propre par moitié indivise à chacun des deux conjoints. L'immeuble ainsi acheté, ajoute la clause, sera dotal quant aux part et portion indivise appartenant à la future épouse ; il ne pourra être aliéné dans d'autres conditions que celles des articles

1555, 1556 et 1558, C. civ., si ce n'est pour faire l'acquisition d'un autre immeuble, également indivis entre les époux, chacun pour moitié, et d'une valeur au moins égale de 300.000 francs. Les tiers sont déclarés garants du emploi.

La convention tend manifestement à constituer, non pas pour la seule fortune de la femme, mais pour la fortune des deux époux, pour partie du moins, sinon pour la totalité de cette fortune, un régime de prévoyance et de conservation. Elle s'inspire du régime dotal ; mais elle le corrige et l'élargit ; elle unit les intérêts des deux époux pour les garantir indivisiblement. L'une de ses conséquences les plus directes, (c'est celle qui a donné lieu au procès), est d'empêcher le mari, pendant toute la durée de la communauté, de disposer librement de son apport et de sa dot ; nulle aliénation n'est possible que du consentement des deux époux et moyennant un emploi qui doit faire subsister entre eux l'état d'indivision. La Chambre des requêtes n'y a rien vu d'incorrect ni de critiquable au point de vue des principes ou des dispositions de la loi ; elle invoque le principe de la liberté des conventions, si largement applicable au contrat de mariage (art. 1387), C. civ., pour déclarer que la clause est licite. — Nous tiendrions plus volontiers pour l'opinion contraire.

Nous reconnaissons sans difficulté que, contrairement à l'une des prétentions du pourvoi, les droits de la puissance maritale ne sont pas en cause. Le mari ne jouit plus de son indépendance pour l'aliénation d'un de ses propres, mais on ne lui impose rien qui porte atteinte à sa puissance. Comme le dit excellemment M. Labbé, « sa volonté n'est pas discrétionnairement subordonnée à la volonté de sa femme ; il est tenu non pas de suivre une direction qu'elle lui imprime, mais d'obéir à une clause immuable, que tous deux ont acceptée en se mariant, qui fait prédominer sur leur volonté un genre de disposition qu'elle détermine. » (Sirey, *loc. cit.*).

Mais deux points essentiels méritent l'attention. — 1°. La clause établit une indivision forcée pour une durée de plus de cinq ans ; — 2°. Elle dépouille le mari de la liberté inhérente à son droit de propriété ; elle entoure la disposition d'un de ses biens de telles entraves qu'on peut, jusqu'à un certain point, le dire inaliénable.

Occupons-nous d'abord de la convention d'indivision.

Il n'y aurait rien à y reprendre, si, comme l'écrit M. Laurent (*Principes*, t. X, nos 233 et 234), le principe « nul n'est tenu de rester dans l'indivision » ne régissait pas les cas où l'indivision est la suite d'une convention librement contractée par les communistes.

Mais, formulée dans ces termes absolus, la proposition pêche par exagération. Les auteurs enseignent généralement qu'il ne suffit pas, pour écarter l'application du principe de l'art. 815 C. civ., que l'indivision soit volontaire ; qu'il faut se préoccuper du but poursuivi par les parties, des rapports juridiques existant entre elles. Ils placent ainsi dans une catégorie à part certaines indivisions qui, par leur organisation, préviennent les inconvénients de l'indivision pure, de l'indivision « à l'état exclusivement passif ». La communauté entre conjoints est du nombre ; les biens qui en dépendent restent obligatoirement en état de copropriété jusqu'à sa dissolution ; le mari a des pouvoirs suffisants pour faire face à toutes les nécessités d'une bonne gestion.

Mais, dans l'espèce, l'immeuble litigieux n'est pas un conquêt de communauté ; il est propre par moitié à chacun des deux époux, il est en pur état d'indivision, il semble bien devoir être soumis aux règles ordinaires qui n'autorisent une convention suspensive du partage que pour cinq ans (art. 815, C. civ.).

« L'art. 815, oppose la Chambre des requêtes, est inapplicable à l'indivision convenue entre les parties dans le contrat réglant l'association conjugale. » Comment entendre cette formule ? Elle peut signifier que, sous n'importe quel régime, les époux qui ont ou veulent avoir des biens indivis ont le droit de stipuler que leur indivision durera aussi longtemps que leur union. La dérogation au droit commun s'expliquerait par cette considération qu'il est avantageux, dans le mariage, d'unir et de solidariser les intérêts des deux époux. — La pensée de la Cour a pu aussi se concentrer sur les régimes dont l'organisation met l'administration et la jouissance de tous les biens entre les mains du mari. Quelques-uns des dangers que l'indivision présente d'ordinaire disparaissent en pareil cas. Ce serait le motif de l'exception.

Quoi qu'il en soit, l'existence de cette exception ne nous paraît pas établie avec certitude. L'indivision simple entre con-

joint peut bien ne pas avoir tous les inconvénients en vue desquels l'art. 815 a été écrit; elle n'est pas exempte de ceux qui portent la plus grave atteinte à l'intérêt général : elle reste une entrave à la circulation des biens et au crédit des communistes (art. 2205, C. civ.). Nous savons bien que l'indivision entre associés n'échappe pas complètement elle-même à ces inconvénients et que pourtant on ne lui applique pas l'art. 815. Mais ils trouvent un correctif dans une règle qui ferait défaut pour notre cas.

Dans les sociétés dont la durée n'est pas déterminée, dans celles qui doivent se prolonger jusqu'à la mort d'un des associés, l'art. 1869 permet à l'un quelconque des associés de renoncer à la société, de demander la dissolution et le partage du fonds social. Cette prérogative, les créanciers personnels des associés peuvent l'exercer, conformément à l'art. 1466, pour arriver à la réalisation de leur gage; ils peuvent pareillement, et dans le même but, se prévaloir de l'art. 1865 en cas de déconfiture. Notre indivision ne comporterait rien de semblable : les créanciers de l'un et l'autre époux n'auraient action sur les propres indivis qu'au jour de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens.

Examinons maintenant la clause sous son second aspect, en tant qu'elle enlève au mari son droit de libre disposition.

Assurément, et l'arrêt y insiste dans l'intérêt de sa thèse, elle n'a point pour conséquence de frapper de dotalité, au sens strict du mot, la portion indivise appartenant au mari. Cette portion n'est pas rendue imprescriptible; elle peut former un gage dans les termes des art. 2092 et 2093 du Code civil, sauf aux créanciers à subir les effets de la clause d'indivision si elle est valable, et à voir leur droit de poursuite paralysé jusqu'au jour où cette clause ne liera plus leur débiteur et ne fera plus obstacle à une licitation.

A parler rigoureusement, nous ne sommes pas non plus en présence d'une clause d'inaliénabilité, puisque l'aliénation de l'immeuble est autorisée moyennant emploi. Mais il n'y a plus ici qu'une nuance qui ne doit pas faire illusion. L'aliénabilité sous condition de remploi, avec un mode de remploi aussi étroitement

circonscrit que dans l'espèce, se rapproche singulièrement de l'inaliénabilité.

Ceci posé, il nous paraît difficile de défendre la validité de la clause. La faculté d'aliéner est d'ordre public. Un propriétaire ne peut pas y renoncer uniquement parce que l'indisponibilité semble répondre à son intérêt ou à l'intérêt d'autrui. La faveur du mariage a fait admettre, non sans hésitation on le sait, une exception au principe. Quels biens concerne-t-elle? Les biens dotaux de la femme. Une exception ne doit pas être étendue. Le principe de la liberté des conventions ne prévaut pas sur une règle d'ordre public. Il n'est donc pas permis aux futurs époux d'établir par leur contrat rien qui ressemble à l'indisponibilité des biens du mari.

Il est intéressant de rapprocher la décision rendue dans le procès actuel d'un arrêt de la Chambre civile, en date du 17 février 1886, qui a été précédemment analysé ici (M. Labbé, *Revue critique*, 1887, p. 442 et s. Voy. aussi M. Lyon-Caen, dissertation insérée au *Recueil de Sirey*, 1886. 1. 161). L'arrêt de 1886 décide que l'inaliénabilité des biens de la femme dotale n'est pas incompatible avec une clause qui lui en réserverait l'administration et la jouissance. C'est la validation implicite de la clause d'inaliénabilité appliquée à des paraphernaux — peut-être aussi aux biens de la femme qui aurait stipulé comme régime ordinaire la séparation des biens.

L'arrêt de la Chambre des requêtes fait plus encore. La dotalité entraîne dans son orbite, suivant une expression du pourvoi, la fortune même du mari; elle la soustrait aux aventures, aux hasards de la spéculation, mais aussi à l'activité. L'adoption généralisée d'un pareil régime matrimonial aurait-elle, au point de vue de l'intérêt général, autant d'avantages que de dangers?

## VII.

Justification des reprises mobilières de la femme vis-à-vis des créanciers de son mari, en cas de communauté d'acquêts. (Cass. chambre civile, 22 novembre 1886, Dalloz, 1887, 1, 113.)

La détermination de la nature des preuves à exiger de la femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux

acquêts, lorsqu'elle veut exercer la reprise de son mobilier propre, fait l'objet de graves dissentiments.

La question a des aspects multiples. La justification des droits de la femme peut être à faire soit à l'égard du mari ou de ses héritiers, soit à l'égard des créanciers du mari ; — les reprises auront pour objet, tantôt des meubles *in specie* dont la femme se dira propriétaire, tantôt une valeur qu'elle réclamera comme créancière ; — les biens ou valeurs auront été apportés, les uns au jour du mariage, d'autres depuis cette époque. Des divergences se manifestent, en droit commun du moins, dans toutes les hypothèses.

Nous disons : en droit commun. C'est que dans un cas particulier le doute n'est pas possible. Une disposition formelle de la loi commerciale, celle de l'art .560, C. com., qui s'applique sous le régime de la communauté réduite aux acquêts comme sous tous autres régimes, a fixé les conditions sous lesquelles la femme serait admise à revendiquer, dans la faillite de son mari, les objets mobiliers dont elle prétendrait être propriétaire : la preuve ne peut être fournie que dans une certaine forme.

Renfermons-nous dans l'hypothèse où le conflit existe entre les créanciers du mari devenu insolvable et la femme agissant elle-même comme créancière de valeurs mobilières qui lui sont advenues au cours de la communauté. Ce n'est pas la seule dont s'occupe l'arrêt de la Chambre civile, mais c'est par la solution qu'il lui applique qu'il offre le plus d'intérêt.

Le débat se ramène à préciser le sens et la portée de dispositions au premier rang desquelles il faut citer les art. 1499 et 1504, C. civ. L'art. 1499 dispose : « Si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt. » Si nous devons le suivre, les moyens de preuve dont la femme pourra user se trouveront très limités. L'art. 1504 n'a pas la même rigueur : il permettrait à la femme de prouver par tous les moyens, même par commune renommée, la valeur du mobilier réclamé par elle. L'application de ce texte sous le régime de la communauté réduite aux acquêts n'aurait rien de choquant en soi : les clauses de réalisation et la clause de communauté d'acquêts sont des clauses analogues.

Une considération importante peut nous guider. Nous avons dit que l'action de la femme se produit tantôt comme une action de créancière, tantôt comme une action de propriétaire. Il n'est pas indifférent pour les créanciers qu'elle ait l'un ou l'autre de ces caractères. S'il y a une collusion à craindre entre les époux, elle se réalisera plutôt par une création fictive de propres en nature que par une exagération du chiffre des reprises en valeur. D'un autre côté, la reprise en nature a pour effet d'attribuer à la femme des biens que les créanciers comptaient avoir pour gage, elle diminue, peut-être même épuise-t-elle l'actif mobilier apparent. La reprise en valeur ne touche pas, au contraire, à la consistance du gage ; elle s'exerce sur le prix des biens ; le dividende afférent à chaque créance se trouve seul diminué par le concours d'un créancier de plus. Y eût-il exercice de l'hypothèque légale, le préjudice causé aux créanciers est encore moindre que celui qui résulterait d'une revendication : l'actif mobilier demeure intact ; puis, il n'est pas sûr que la femme obtienne satisfaction complète ; son hypothèque peut être restreinte ou rendue inutile par d'autres droits de même nature.

Ceci posé, il est conforme à la raison de se montrer moins sévère à l'égard de la femme quand elle se présente comme créancière que quand elle se prévaut d'un droit de propriété. Elle est, durant le mariage, dans l'impossibilité morale d'exiger de son mari l'accomplissement des formalités qui garantiraient ses intérêts d'une manière absolue ; on doit lui en tenir compte lorsque la fraude aux droits des tiers est moins à craindre et le préjudice qu'ils peuvent souffrir plus limité.

On donnerait satisfaction à cette idée en réservant l'application de l'art. 1499 pour le cas où la femme invoquerait un droit de propriété pour distraire de prétendus apports de la masse de la communauté, et en suivant l'art. 1504 lorsqu'elle se prévaudrait seulement d'un droit de créance.

Les termes de la loi sont favorables à cette interprétation.

L'art. 1499 a, relativement aux meubles, dans le régime de la communauté réduite aux acquêts, une portée analogue à celle de l'art. 1402 relativement aux immeubles dans le régime de la communauté légale. Des biens sont confondus aux mains du

mari ; il s'agit de savoir lesquels sont communs, lesquels peuvent être réclamés comme propres ; l'opposition des uns aux autres n'a trait qu'à la question de propriété. Aussi exige-t-on du conjoint qui veut faire tomber la présomption établie en faveur de la communauté, des preuves de telle nature qu'elles permettent de constater non seulement l'origine, mais aussi l'identité des biens réclamés.

L'art. 1504 se place visiblement à un point de vue différent. Il dispose en vue d'une clause d'apport. Elle implique la reprise de tout le mobilier qui excède l'apport promis par le conjoint ; mais c'est une reprise en valeur, non en nature (art. 1503. C. civ) ; la preuve à faire n'a plus à porter que sur la consistance des biens versés dans la communauté ; le texte l'organise. Lui seul régit les reprises en valeur.

La distinction des deux situations s'accuse encore avec netteté dans les dispositions spéciales du Code de commerce qui prévoient le cas de faillite du mari. S'agit-il de revendication, l'art. 560 veut une justification par acte authentique. (Cpr. art. 558 pour la revendication d'immeubles acquis en emploi de deniers propres provenant de successions ou donations postérieures au mariage). La femme se présente-t-elle comme créancière avec la garantie de son hypothèque légale, l'article 563 ne lui demande plus de produire les mêmes moyens de preuve. S'il exige un acte ayant date certaine, c'est seulement dans des conditions déterminées, tenant à l'époque où le mari a embrassé la profession commerciale ; en dehors de ces conditions il n'est pas question de preuve spéciale.

M. Bufnoir qui a développé cette doctrine dans une dissertation sur l'arrêt de la Cour de Dijon du 4 février 1884, contre lequel était formé le pourvoi soumis à la Chambre civile<sup>1</sup>, y apporte un tempérament. « Si la femme se prétend créancière de la reprise du prix d'un meuble propre parfait, elle doit de toute nécessité, à l'égard des créanciers, établir au préalable son droit de propriété, en se conformant aux dispositions de la loi qui régissent cette preuve. »

Plusieurs décisions de la Cour suprême avaient déjà fait pres-

<sup>1</sup> S. 1885, 2, 25.



sentir son opinion sur le point qui nous occupe ; mais la Chambre civile n'avait pas encore été appelée à se prononcer aussi explicitement qu'elle a dû le faire dans l'arrêt auquel nous nous référons. Elle a repoussé l'interprétation qui précède et cassé l'arrêt de la Cour de Dijon qui l'avait admise dans sa donnée générale.

Voici sa propre solution. L'art. 1504 est sans application possible dans les rapports de la femme et des créanciers de son mari : c'est la disposition de l'art. 1499 corroborée par celle de l'article 1510 qui doit être observée. Il importe peu que la femme exerce son action en qualité de créancière ou qu'elle réclame des biens en nature : les art. 1499 et 1510, l'art. 560 qui les confirme pour le cas de faillite du mari, comprennent dans les mots *mobilier* ou *effets mobiliers* tout ce qui est meuble d'après les règles de la loi (art. 535, C. civ.), même des sommes d'argent ; quel que soit l'objet de la reprise, la femme doit produire un acte authentique.

La rigueur de la solution est évidente. La créance de la femme va être perdue faute d'une preuve authentique qu'elle n'a pas toute liberté de se procurer ; les autres créanciers, maîtres de prendre toutes les précautions utiles, jouissent du bénéfice du droit commun.

Le raisonnement invoqué est-il du moins décisif ?

Il fait intervenir un texte que nous n'avions pas cité précédemment, l'art. 1510. Sa disposition est présentée comme interprétant et corroborant celle l'art. 1499. Expliquons-nous d'abord sur ce point.

M. Bufnoir vise à écarter complètement l'art. 1510 de la question de justification des droits de la femme, sous quelque aspect qu'ils se présentent dans le conflit avec les créanciers, sous prétexte que cet article règle uniquement les droits des créanciers antérieurs au mariage, auxquels on oppose une clause de séparation de dettes, et que les biens dont il prescrit l'inventaire sont ceux du conjoint débiteur.

L'observation est juste en soi, mais la conséquence déduite nous laisse un doute. L'objet du texte est de nous dire que l'action des créanciers peut être limitée à leur gage originaire, au mobilier apporté par leur débiteur ; — pourvu qu'on leur fasse de ce mobi-

lier un compte exact, le surplus de la communauté sera affranchi de leur poursuite. Dans cet ordre d'idées, il n'y a que la constatation du mobilier du conjoint débiteur qui puisse, pratiquement, conduire au but. L'inventaire des apports de l'autre conjoint serait insuffisant; il laisserait subsister la confusion du mobilier de l'époux débiteur avec les gains réalisés depuis le mariage et la clause ne produirait pas tout l'effet dont elle est susceptible.

Si cet aperçu est exact, rien ne s'opposerait à l'introduction d'une variante dans l'art. 1510, et, dans l'application de ce texte à la communauté d'acquêts, nous serions autorisé à admettre qu'un inventaire du mobilier propre de la femme permettrait à cette dernière d'en opérer la distraction en cas de saisie des créanciers du mari.

L'art. 1510 viendrait ainsi, comme texte spécial, avec la condition rigoureuse d'une preuve par acte authentique, régir les reprises en nature dans les rapports de la femme et des créanciers de son mari. L'art. 1499 s'appliquerait aux mêmes reprises dans les rapports entre époux qu'il paraît bien, par sa relation avec le second alinéa de l'art. 1498, avoir surtout en vue, et il se prêterait peut-être à certaines atténuations.

Quoi qu'il en soit, les propositions que nous venons d'émettre montrent quelle part nous ferions au plus à l'art. 1510; il demeurerait étranger à l'hypothèse où la femme se prévaudrait seulement de la qualité de créancière. Les précédents dans lesquels il a pris son origine<sup>4</sup> sont d'accord avec ses termes pour établir qu'il ne règle qu'une question de distraction.

Il n'est guère besoin d'insister sur l'argument que la Chambre civile prétend puiser dans la généralité des mots *mobilier, effets mobiliers* contenus dans les textes qu'elle a cités. Ces mots sont pris dans leur acception la plus large, nous en convenons, mais ils n'ont cette acception que dans la sphère d'application des textes qui les renferment. Or, il n'apparaît pas des termes de ceux-ci qu'ils disposent en vue des reprises exercées par la femme à titre de créancière; tout au contraire.

<sup>4</sup> Voy. sur ce point M. Petiet, *De la preuve en matière de reprises matrimoniales* n° 124. *France judiciaire*, 1885-1886, 1<sup>re</sup> partie, p. 72.

Un motif plus spécieux a été produit <sup>1</sup>. La théorie générale des preuves n'offre pas d'exemple d'une différence faite dans les conditions de la preuve d'un droit pécuniaire suivant que ce droit est un droit de propriété ou un droit de créance. Aussi bien, en allant au fond des choses, « la prétention de la femme s'analyse nécessairement en une affirmation d'un droit de propriété, soit actuel, soit antérieur » ; même pour ses propres imparfaits, la cause de la reprise est dans un droit de propriété qui, par application des règles du quasi-usufruit, s'est transformé en une créance d'indemnité.

A notre avis, le droit commun importe peu dans la question. Nous sommes dans une situation exceptionnelle. Une transaction est nécessaire entre les intérêts des créanciers et ceux de la femme : la protection des créanciers se mesure aux dangers qu'ils courent.

Nous reconnaissons au surplus ce qu'il y a d'exact dans l'observation présentée sur la cause première de la reprise. C'est même pour ce motif que nous n'adopterions pas le tempérament apporté par M. Bufnoir à sa doctrine. Si la réclamation de la femme porte sur la valeur d'un meuble dont elle était restée propriétaire et qui a été vendu par le syndic de la faillite, et si elle prétend s'en faire attribuer le prix intégralement, nul doute que sa demande ne peut réussir qu'à charge par elle de produire les preuves sans lesquelles elle n'aurait pas été recevable à revendre le bien lui-même : le préjudice serait le même pour les créanciers. Ce cas mis à part, dès que la femme se soumet à la règle du concours, à la loi du dividende, nous n'exigerions pas la preuve spéciale.

CH. MASSIGLI.

## DES PROMESSES DE MARIAGE,

Par M. Léon GIRAUD, docteur en droit.

### Sommaire.

Introduction.....	664
I. — Ancien droit.....	667
II. — Droit intermédiaire et Code civil.....	17

<sup>1</sup> M. Guénée, note sur l'arrêt de la chambre civile, *Dalloz*, *loc. cit.*

Le temps qui s'écoule entre cette promesse solennelle de se donner l'un à l'autre et le mariage, est un temps d'épreuve et de bonheur, de désir et d'espérance. En faisant des fiançailles une institution civile, il semble que les lois prennent cette fois en considération l'union conjugale dans ses rapports avec le consentement des époux et la félicité intérieure du ménage; qu'elles aient voulu que l'amour à l'état d'engagement libre, mais publiquement avoué, précède le mariage pour qu'on fût plus sûr qu'il le suivrait; que les futurs époux apprennent durant une longue et préalable fréquentation le secret de leurs passions et de leurs faiblesses... Les fiançailles ainsi comprises sont comme l'éducation de la vie conjugale.

Comte Portalis, 1<sup>er</sup> président à la Cour de cassation (*le Code civil Sarde*, préface).

#### INTRODUCTION.

Si l'on compare les recueils d'arrêts dans l'ancien droit et dans le droit nouveau, on est frappé d'une révolution considérable qui se serait faite dans les idées au sujet des *promesses de mariage* ou engagements de se prendre pour époux, précédant l'union définitive devant le prêtre ou à la mairie.

Il semble, en passant des uns aux autres, qu'on ait changé de milieu, de peuple, d'habitudes, de langue: ce qui était considéré jadis comme respectable et sanctionné ne l'est plus; la foi due à la parole jurée n'a plus de serviteurs, plus de gardiens; la force de l'accord consenti est niée; la valeur des contrats est méconnue (nous voulons simplement, ici, retracer le changement sans le juger et sans nous demander s'il a sa raison d'être). Enfin nulle part les promesses ne paraissent être davantage un vain mot qu'à propos du mariage, dès qu'on aborde le droit nouveau, à propos du mariage, dis-je, dans une matière qu'aucune autre ne surpassait autrefois pour le respect de la parole donnée.

Voulez-vous des exemples de cette double manière d'envisager les choses? Prenons-en pour chacune des périodes que nous opposons l'une à l'autre.

— Héricourt écrivait <sup>1</sup> :

« On a jugé le 29 mars 1664 qu'un fils de famille majeur de 30 ans, qui avait passé un contrat de mariage avec une fille ma-

<sup>1</sup> En 1761, *Lois ecclésiastiques*, au chap. DU MARIAGE, § 514.

jeune, ne voulant point épouser la fille, lui paierait 4.000 livres de dommages et intérêts quoiqu'il représentât qu'il ne dépendait pas de lui *d'exécuter la promesse*, puisque sa mère ne voulait pas consentir au mariage.

« M. Magnon, conseiller au parlement de Paris, ayant voulu s'exempter sous le même prétexte d'exécuter la promesse de mariage qu'il avait faite à la demoiselle de Chabannes de Pionsac fut condamné par un arrêt rendu à la Grand-Chambre en 1703, à 60.000 livres de dommages et intérêts. »

Et Merlin de même <sup>1</sup> :

« Dès le 28 mars 1683 le parlement de Paris, en confirmant une sentence du Châtelet, condamna, suivant le témoignage de Brodeau, François le Sceq au paiement de la somme entière de 12.000 livres de peine stipulées par le contrat de mariage qu'il n'avait pas voulu exécuter.

« Le parlement de Rouen vient de juger la même chose entre le sieur Delannez et la demoiselle Deminières —arrêt du 18 août 1784, condamnation aux 20.000 francs de dommages-intérêts stipulés. »

— Voici maintenant pour ce qui est du droit nouveau : arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1814 <sup>2</sup> :

« Attendu qu'en décidant que la promesse de mariage souscrite par la demoiselle Barbier aujourd'hui femme Elluin dans l'acte du 28 avril 1810 avec une clause pénale d'un dédit de 6.000 fr., *était nulle en soi*, comme contraire à la liberté qui doit régner dans le mariage, et que la nullité de cette obligation principale entraînait celle de la clause pénale, la cour n'a fait que se conformer aux lois... »

Arrêt de la Cour de Poitiers du 29 mai 1834 <sup>3</sup> :

« Considérant que toute promesse de mariage est *nulle en soi* comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit régner dans le mariage et subsister jusqu'à la célébration d'un acte aussi solennel. »

<sup>1</sup> Dans son *Répertoire* au mot PEINE CONTRACTUELLE, § 3.

<sup>2</sup> Rendu sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Amiens, V. Sirey, t. XIV, 2<sup>e</sup> partie, p. 19.

<sup>3</sup> V. Dalloz au mot *Mariage*, p. 178 [en note.

Les auteurs, eux, constatent directement l'opposition. C'est Marcadé qui s'exprime ainsi <sup>4</sup> :

« On est parfaitement d'accord aujourd'hui pour reconnaître que toute promesse de mariage est radicalement nulle; et on reconnaît de même que cette promesse étant nulle, il faut dès lors déclarer nulle également la clause pénale par laquelle on aurait voulu en garantir l'effet... »

C'est M. Glasson plus récemment qui dit encore <sup>5</sup> :

« Les rédacteurs du Code ont profondément modifié l'ancien droit... De nos jours depuis longtemps déjà toutes les Cours sont unanimes pour décider que la promesse de mariage est un contrat nul, reposant sur une cause illicite contraire à l'ordre public, par cela seul qu'elle est de nature à porter atteinte au libre consentement des contractants. »

En résumé, on ne peut pas être plus formel, autant dans un sens que dans l'autre, et l'antagonisme semble bien irréductible.

Comment l'expliquer? A quoi est-il dû?

Y a-t-il là un de ces phénomènes de brusque scission avec le passé, parfois légitimes, qui sont préparés par les penseurs, demandés par l'opinion publique et qui réalisent en un moment un progrès longtemps attendu, retardé par des causes artificielles, accepté de tous, ou à peu près, comme une réparation à un long déni de justice ou comme la reconnaissance d'une erreur séculaire?

N'y a-t-il là au contraire qu'un de ces changements que rien n'explique, tel qu'il s'en produit dans la succession de deux régimes par l'oubli, l'inattention du dernier législateur inhabile à tout prévoir et qui écrivant la loi de l'avenir cristallise ses négligences et ses omissions, ou trace étourdiment une voie dans laquelle s'engagent les générations subséquentes sur la foi d'un oracle distrait? N'y a-t-il là qu'une de ces fausses pistes ouvertes à l'improviste par un code mal avisé et que suivent, en aggravant l'écart, à mesure de la pratique, juriconsultes

<sup>4</sup> *Revue critique*, t. III (année 1853), et de même dans son *Explication du Code civil*.

<sup>5</sup> Dans son ouvrage *Du consentement des époux au mariage*, publié en 1866, p. 146, 147.

et magistrats par devoir d'état, gens du monde par légèreté?

En deux mots, le renversement du point de vue qui s'est opéré en ce qui concerne les promesses de mariage, se justifie-t-il par l'histoire et devant la raison?

Comment et pourquoi ont-elles cessé de valoir?

Il est évident que la question, qui au premier abord paraît principale, à savoir : la validité des promesses de mariage doit-elle être maintenue? perd beaucoup de son importance devant celle-ci : Comment cette validité a-t-elle cessé d'être reconnue?

Et le côté historique domine le côté philosophique, car si nous ne trouvons rien qui condamnât une institution ayant pour elle un long passé, lorsqu'il s'est agi de poser les assises du nouvel édifice, il est trop clair que l'évolution subséquente, inconsciente et irréfléchie n'est plus que l'œuvre de cette grande masse d'événements où l'homme s'agite sans que rien le mène.

Il faut donc assister aux transformations qui ont eu lieu dans la loi, dans les textes, touchant directement et indirectement à notre sujet. Mais d'abord pour préciser les termes du débat, voyons de plus près ce qu'étaient les promesses de mariage : comment et à quelle époque elles intervenaient et en quoi s'analysait leur valeur ou quel était leur résultat positif; — avant de passer au droit intermédiaire préparant ou précédant le Code civil.

## I. — ANCIEN DROIT.

Notre ancien droit reconnaissait les promesses par *paroles de présent*, *sponsalia de præsentî* et celles par *paroles de futur*, *sponsalia de futuro* : les premières, véritables mariages ayant un effet définitif, et les autres, simple préliminaire au mariage lui-même qui se faisait ensuite par un acte spécial, mais destinées à le faciliter, à le moraliser pour ainsi dire, par la préparation de cette union et de cette confusion de vie à laquelle se préparaient les futurs époux, *consortium omnis vitæ, conjunctio maris et femine individuum vitæ consuetudinem continens*, comme s'exprimaient déjà les Romains.

Ces deux institutions qu'il faut étudier à part eurent des des-

tinées diverses. Dès que le mariage cessa d'être un contrat purement consensuel et qu'il fut soumis à des formalités, les promesses par paroles de présent durent être vues avec défaveur, puis absolument prohibées, ce qui arriva après le concile de Trente faisant de la bénédiction religieuse un élément essentiel pour la concession du sacrement. La loi civile, en effet, suivant de près la loi ecclésiastique, vint donner une force obligatoire aux décisions du concile dans le for extérieur comme dans le for intérieur, pour nous servir des termes consacrés; et dès lors la célébration du mariage, au lieu d'être l'accessoire, devint le principal dans la fondation d'une famille. Il en résultait naturellement la proscription des promesses par paroles de présent, issues d'un régime juridique primitif avec lequel on avait cru bon de rompre dans des intérêts de simplification et de stabilité toujours fortement sentis dans un état de civilisation avancée. Quelques difficultés que l'Édit de Blois rendu sous Henri II, en 1579, rencontrât dans la pratique et quelque répugnance qu'il ait soulevées, comme le montre une série de mesures successives décrétant itérativement le même principe <sup>1</sup>, le principe nouveau n'en triompha pas moins et prit place parmi les axiomes de droit qui sont considérés comme la base des relations privées. Dans les deux derniers siècles de notre ancien régime, il est vrai de dire que le mariage ne se forme plus par la seule volonté des parties. Il y fallait autre chose. La controverse qui s'agite encore aujourd'hui au sujet du droit romain pour le mariage admis ou non comme contrat consensuel, ne peut pas se présenter pour ce qui concerne l'époque dont nous parlons.

Mais à côté de ces promesses par paroles de présent, se maintinrent les autres, celles dites par paroles de futur, intactes après le concile de Trente et les ordonnances nationales comme avant; s'en distinguant au contraire de plus en plus, s'affirmant comme une institution à part que ne pouvait pas toucher la proscription portée dans des matières pourtant analogues ou voisines. Car il y avait aux yeux des contemporains une différence bien marquée entre les deux sortes d'engagements, quoi-

<sup>1</sup> Edit. de Henri IV en 1606; déclaration de Louis XIII en 1639, art. 2; édit. de Louis XIV en 1697. V. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 349.



qu'ils fussent relatifs à un même ordre d'idées <sup>1</sup>. Une ligne de démarcation bien tranchée les séparait, les unes n'étant que le prélude d'un fait dont les autres étaient l'accomplissement. Toute une série de considérations gravitaient autour de chacun de ces deux moments critiques également importants, se complétant et comme se vivifiant l'un par l'autre, pour aboutir à des mariages irrévocables parce qu'ils étaient sérieusement préparés, nombreux cependant et précoces aussi parce qu'on y trouvait des éléments de bonheur et d'un bonheur dont on avait même l'avant-goût par anticipation.

Loin donc que la réforme accomplie au XVI<sup>e</sup> siècle quant à la célébration du mariage dût être funeste aux fiançailles, elle ne pouvait que les fortifier et leur maintenir la considération et le respect dont elles jouissaient; car plus stable et plus sacrée était l'union définitive, plus était nécessaire l'initiation. On devait se rendre plus digne encore d'un but qui était plus haut placé, et les préliminaires du contrat croissent en importance avec le contrat lui-même.

Ici toutefois une difficulté insurmontable ne se présentait-elle pas pour mettre en mouvement les deux institutions sans qu'elles se nuisissent l'une à l'autre, pour les faire vivre ensemble tout en leur conservant leur valeur respective? La liberté du mariage n'allait-elle pas perdre ce que gagnerait le respect des fiançailles? N'allait-on pas osciller entre ces deux inconvénients: ou préjuger abusivement de l'union légale et la présumer contractée sans aucune des garanties qui sont attachées à la célébration du mariage (pour les parties elles-mêmes en premier lieu) et qu'il fallait donc conserver intactes; ou bien au contraire réduire à rien les fiançailles en les destituant de toute sanction? Et la conciliation des deux termes ne se ferait-elle plus que par l'absorption de l'un d'entre eux, pour se résoudre en une complication et une affaire de mots puérile?

Car enfin ce qu'il y a au fond des deux opérations, n'est-ce pas toujours la volonté humaine une dans son essence, qui ne peut à

<sup>1</sup> V. dans Pothier l'introduction au chap. DES FIANÇAILLES, où les deux choses sont distinguées aussi nettement que possible (n<sup>o</sup> 23 *Du contrat de Mariage*).

la fois s'engager et se reprendre, se réserver et s'enchaîner, ce qui paraît entraîner au fond l'insignifiance de la première promesse à moins que ce ne soit la nullité de la seconde.

C'est en effet, dans ces termes simples, abstraits, scolastiques en quelque sorte, que la difficulté semble se présenter de nos jours à beaucoup d'esprits que le système admis par le Code ou édifié à la suite du Code a entraînés dans cette tournure de raisonnement <sup>1</sup>. C'est peut-être ainsi que quelques rédacteurs du Code l'ont envisagée, quoiqu'il soit certain que la plupart d'entre eux n'y aient pas fait la moindre attention ou ne s'en soient pas doutés, nous le démontrerons.

Mais cette difficulté ne se présenta même pas à l'esprit des générations qui pratiquaient les fiançailles avant la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, et qui continuèrent à les pratiquer avec la même persistance. Et la meilleure preuve en est que les fiançailles comme le mariage, nous le répétons, continuèrent à être respectées, usitées journellement, et, ce qui est plus au point de vue où nous nous plaçons, traitées *ex professo* par les jurisconsultes comme une institution régulière <sup>2</sup>. Quelques détails que nous donnons plus loin l'établiront rapidement.

Ces générations ne virent aucun antagonisme entre la validité des fiançailles, — comprise comme nous l'expliquerons, — et la liberté des mariages, entre ce double acte de volonté contradictoire au premier abord, si l'on veut. Cette volonté mise en présence d'elle-même ne leur paraissait pas se détruire forcément <sup>3</sup>..... C'est qu'ils avaient du consentement au mariage

<sup>1</sup> Marcadé par exemple : *Explication du Code civil*, t. I, n° 567. « C'est au moment même de la célébration, dit-il, qu'il faut exiger le consentement libre des parties ; et tant que le mariage n'est pas contracté, les futurs époux doivent rester maîtres de consentir ou de ne consentir pas. » — Et M. Glanville (ouv. cité, p. 146). « Les fiançailles ont été supprimées, elles existent bien encore dans le monde, mais la loi ne leur reconnaît aucune efficacité juridique ; la liberté qui doit présider à l'accomplissement du mariage est d'ordre public et rien ne saurait y porter atteinte. »

<sup>2</sup> Pothier par exemple y consacre 30 pages dans son traité *Du contrat de mariage* (édition de 1840).

<sup>3</sup> Il n'y a encore ici qu'à relire Pothier (*ibid.* n°s 23 et 24) : « Avant le concile de Trente, ces fiançailles par paroles de présent, étaient de vrais

sans doute une idée différente de celle que s'en font les adversaires des fiançailles; ils voulaient que ce consentement fut éclairé, et pour cela, que l'accès ordinairement difficile entre jeunes gens et jeunes filles fût facilité, et qu'une fréquentation fût permise au prétendant sérieux. Le moyen de s'assurer de la sincérité du prétendant, et par suite d'obtenir cette fréquentation, c'étaient les fiançailles, qui marquent ainsi une phase de la civilisation correspondante à la situation des femmes qu'on a cessé de tenir absolument en charte privée, mais qui n'ont pas encore la libre allure du jeune homme.

Entre les deux extrêmes, en effet, celui de la jeune fille recluse ou voilée que nous voyons encore réalisé en Orient, et celui de la jeune fille émancipée que tend à nous offrir l'Amérique, il y a celle qui peut connaître son futur mari, mais son futur mari seul, qui n'est sans doute pas mariée par sa famille, mais du moins sous le contrôle et avec l'agrément de sa famille. C'était certainement la situation de notre ancien droit à l'époque moderne, et personne ne niera que ce soit encore aujourd'hui le fait de la majeure partie des nations européennes, particulièrement de la France.

Cela étant donné, les fiançailles — en elles-mêmes et sous le bénéfice des observation qui vont suivre — au lieu d'être la négation de la liberté du mariage, comme on va le répétant, en étaient la condition *sine qua non*, puisque consentir c'est avant tout savoir et connaître; au lieu de compromettre l'indépendance de la volonté, elles l'assuraient dans ce qu'elle a de sérieux, et faisaient de la cérémonie dernière autre chose qu'une vaine parade destituée de sens.

La liberté du mariage ne paraissait nullement intéressée dans la question, si ce n'est dans un sens inverse à celui où on le prétend; d'après notre ancien droit comme d'après le droit romain, qui lui aussi avait ses *sponsalia* dont nous devons faire au moins mention, sans vouloir entrer dans les détails. <sup>4</sup> Il est naturel d'y

mariages, Elles ont été proscrites... A l'égard des fiançailles par paroles de futur, qui sont les seules que nous reconnaissons, nous en trouvons la définition, etc. »

<sup>4</sup> Contentons-nous de l'affirmation de M. Glasson, *ouv. cité*, n° 184. « En droit romain, dit-il, les fiançailles étaient reconnues par la loi... » On

insister en quelques mots ; car la différence des deux législations dans l'ensemble des institutions ne nous fait que mieux sentir l'importance du sujet où elles se rencontraient, tout en ayant des points de départ éloignés. Ainsi tandis qu'à Rome on ne connut jamais de célébration rigoureusement nécessaire pour le mariage, contrairement à ce qui fut l'état dernier de notre ancien droit, on se rattachait cependant à la pratique des fiançailles comme à la clef de voûte du futur édifice de la famille, d'où dépendait sa sécurité, sa stabilité, son avenir. Seulement à Rome, comme pour compenser ce que la preuve du mariage pouvait avoir de fragile, on exigeait plus de formalités dans les engagements qui le précédaient ; au lieu que l'union définitive contractée plus sûrement dans la dernière période de notre ancien droit laissait plus de marge à la manière de contracter les promesses de mariage.

Mais au Midi comme au Nord, avant l'ère chrétienne comme depuis, le *consortium omnis vitæ* parut quelque chose d'assez sérieux pour ne pas être abandonné au hasard et pour qu'on prit la peine d'assurer l'union des cœurs et des esprits avant celle des corps. La situation de la jeune fille, à peu près la même dans ces deux périodes, demandait pour arriver à ce but un usage qui remédiait à la réserve qu'on lui imposait, et sauvegardât sa pudeur en faisant apparaître sous le jeune homme le futur mari. En dehors de cet usage, qui peut n'avoir qu'une valeur contingente et cesser d'être utile devant une émancipation complète de la jeune fille, mais qui devait l'être si longtemps encore, il n'y avait plus qu'un mariage à la Turquie, dirions-nous volontiers, la jeune fille restant ignorée au jeune homme jusqu'au dernier jour, ce qui est presque autant que de la laisser voilée pour lui jusqu'à ce moment, comme chez les Arabes ; il n'y avait plus que l'union de deux sacs d'argent ou de deux noms, pas autre chose.

Nous disions en outre qu'on n'y exigeait des futurs époux aucune formalité constatant leur engagement, qu'on admettait celui-ci de la façon la plus large, et que tous modes de formation étaient bons. C'est là un point sur lequel des légendes se sont faites et qui, pour n'avoir pas peut-être été bien connu, a entraîné de sait du reste quel rôle jouaient les arrhes à Rome, arrhes surtout employées dans cette matière.

la part du droit intermédiaire une réprobation ou du moins une indifférence que rien ne justifiait.

S'il arrivait souvent que les fiançailles eussent lieu devant le prêtre, il ne s'ensuit pas que cela fût la règle et qu'on ne les admit que dans ces conditions. Les auteurs sont formels à cet égard <sup>1</sup>.

Elles n'étaient nullement liées à l'existence d'un acte authentique ou reçu devant notaire, tel que le contrat pécuniaire de mariage, et pouvaient avoir un caractère tout privé <sup>2</sup>.

Si donc le caractère en général religieux de l'engagement l'a fait considérer comme peu digne d'être maintenu dans un moment où l'on sécularisait tout ce qui touchait au mariage, l'association d'idées résultait d'une erreur, les deux choses n'avaient rien de connexe. Et il était facile d'ouvrir toute grande la voie des fiançailles purement laïques déjà pratiquées, pour les rendre accessibles aux personnes de tous les cultes comme le mariage lui-même — résultat poursuivi en dernière analyse par le mouvement de sécularisation <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Pothier (*ibid.* n° 40) : « Quelque ancien que soit l'usage de cette bénédiction, elle n'est pas de l'essence des fiançailles qui ne laissent pas d'être valables, quoiqu'elle ne soit pas intervenue... La bénédiction est si peu de l'essence des fiançailles que selon l'usage de quelques diocèses, du nombre desquels est notre diocèse d'Orléans, la bénédiction des fiançailles ne se fait qu'après la publication des bans et par conséquent longtemps après qu'elles ont été contractées. »

<sup>2</sup> Pothier (*ibid.* n° 47 et n° 30) dit : « Les fiançailles sont un contrat consensuel qui se forme par le seul consentement. La disposition de l'ordonnance de 1639, art. 7, qui porte que les fiançailles seront rédigées par écrit en présence de quatre parents, concerne la manière dont les fiançailles doivent se prouver, lorsque l'une des parties en disconvient et non la substance de l'engagement. » Le serment pouvait toujours être déferé à la partie.

<sup>3</sup> Ce que nous avons dit de la conclusion des fiançailles peut être répété de leur dissolution que prononçait l'autorité ecclésiastique avant que l'autorité civile ne prononçât sur les dommages-intérêts. Si l'on devait alors recourir à cette intervention, cela tenait à ce que l'Eglise était alors compétente pour les promesses avec serment, telles qu'on devait présumer avoir été faites celles en vue du mariage. Mais ici encore l'intervention ecclésiastique tenait à une organisation politique toute contingente et ne se rattachait pas aux sources mêmes de l'institution qu'on aurait eu à reconnaître, à régler. Par conséquent la défaveur pour le procédé figurant dans son fonctionnement ne pouvait rejaillir sur elle.

Mais là où la liberté de formes reçue dans les fiançailles va nous apparaître vraiment dans toute son étendue, c'est quand nous allons les trouver, non plus prouvées directement, mais présumées de toutes pièces au moyen d'un raisonnement que le juge doit tenir et sur le fondement d'un fait à lui seul décisif ; c'est quand nous abordons les principes admis en matière de recherche de paternité, et les motifs qui expliquent ces principes. Une femme rendue mère, c'est une femme à qui on a promis le mariage ; du premier fait le juge conclut irrésistiblement au second, sauf des cas exceptionnels pour lesquels il avait été aussi facile de poser que d'appliquer des dérogations, vu leur rareté <sup>1</sup>. C'est ce qu'établit très bien Fournel <sup>2</sup>, l'un des auteurs qui ont le mieux porté la lumière de l'analyse philosophique sur les institutions que d'autres se bornaient à décrire.

Il établit d'abord que les dommages et intérêts alloués dans ces cas ne dérivent ni d'un délit, car « l'action en injures a pour objet la réparation d'un dommage souffert contre le gré ou à l'insu de celui qui s'en plaint » ; ni d'un pacte « d'après lequel le séducteur se serait engagé à dédommager la fille abusée du préjudice qu'elle pourrait souffrir dans son honneur par les suites d'un commerce illicite, car ce serait un pacte honteux que celui par lequel une fille s'abandonnerait aux désirs d'un séducteur en contemplation d'une récompense pécuniaire qui la dédommagerait des suites de ce sacrifice. »

Puis il conclut :

« Le titre d'une fille abusée est bien dans une convention présumée faite avec son séducteur, mais cette convention doit porter sur un objet licite et conforme aux bonnes mœurs.

« Or quand une fille a le malheur de sentir sa vertu chanceler, il n'est point contraire aux bonnes mœurs d'exiger de son séducteur qu'il se hâtera de lui donner le titre d'épouse légitime et de réparer par le sacrement les suites affligeantes attachés à sa faiblesse.

« C'est sous cette condition qu'une fille est toujours présumée avoir succombé ; la stipulation est si naturelle, si vraisemblable

<sup>1</sup> Consulter l'ouvrage qui va être cité, 1<sup>re</sup> partie, chap. II, § 3 et 4.

<sup>2</sup> *Traité de la séduction* (1781, chap. I).

que de tout temps elle a été supposée de droit, sans que la fille eût besoin d'en représenter un titre par écrit <sup>1</sup>. »

Ainsi, pour nos aïeux, la jeune fille ne cède pas sans avoir l'assurance de son avenir et de l'avenir de son enfant. Sa maternité révèle des fiançailles, toute simples, tout élémentaires si l'on veut, bégayées peut-être, mais elle les met au jour invinciblement, elle les fait présumer par elle seule. L'engagement d'élever l'enfant peut seul expliquer l'enfant lui-même; ce sont les prémices du mariage qu'on a goûtées par avances, rien de plus <sup>2</sup>.

Dire qu'une pareil idée partait d'un grand respect pour la femme et d'un grand souci de l'enfant, c'est seulement constater une situation, sans prétendre la justifier en elle-même, puisque la recherche de la paternité ou l'attribution d'un enfant à tel homme est à la base et que cette question a son importance propre et demande à être traitée ailleurs.

Mais au moins, de la jurisprudence ainsi constatée il ressort deux choses : et l'absence de formes substantielles exigées pour les fiançailles, et en même temps leur importance capitale qui est de rendre responsable de la charge d'un enfant — deuxième question que nous devons traiter, et qui est celle des effets qu'elles entraînent, à côté des conditions qu'elles requièrent, pour compléter la théorie.

Ces effets sont considérables; tout ce que les promesses de mariage peuvent entraîner sans attenter à l'autonomie de la personne, c'est-à-dire sans violer les principes juridiques, qui résolvent normalement en dommages-intérêts les obligations de faire, elles l'entraînent. Sans doute elles ne s'accomplissent pas en nature, et c'est là ce qui les distingue foncièrement du mariage lui-même qui comporte un droit de la personne sur la personne. Mais tout l'équivalent qui peut être donné de la prestation non accomplie le sera : compensation des pertes éprou-

<sup>1</sup> Et il ajoute d'après les docteurs : *Virgo non est existimanda adeo fatua ut virginitatem suam sine promissione matrimonio Amasio velit tribuere, cum puellarum omnium voluntas sit se in matrimonio collocare.*

<sup>2</sup> Fournel (*ibid.*) : « Les familiarités des deux parties ne sont considérées que comme des arrhes qu'elles se donnent réciproquement de leur convention; ce qui les assimile en quelque sorte à des fiancés qui n'attendent plus que la ratification de l'Eglise pour consacrer leur union. »

vées par suite de l'union manquée pour celui à qui on n'a pas tenu parole, et surtout l'enfant qui est né des rapports prématurés entrant en ligne pour le règlement de compte. Si l'on ne peut forcer les futurs époux à vivre ensemble malgré l'un d'eux, on constitue à celui qui se plaint du manquement une situation égale à celle qu'il a pu espérer; et ainsi quoique éloignés, ils réaliseront le *consortium omnis vitæ* au moins dans le domaine des intérêts matériels. « Le montant des dommages et intérêts n'est point déterminé par la qualité de la fille seulement; on fait aussi entrer en considération celle de l'accusé, sa fortune...., » disent les auteurs <sup>1</sup>.

Nous l'avons vu; par la nature des choses, les promesses de mariage émanent du jeune homme. C'est ainsi qu'elles ont leur rôle indispensable. C'est ainsi qu'elle se présentent à nous dans l'immense majorité des arrêts. On est quelquefois étonné du chiffre auquel s'élèvent les condamnations à des dommages-intérêts prononcées dans ces conditions. Quand on songe aux deux éléments d'appréciation de ces dommages-intérêts, l'un au profit de la femme, l'autre au profit de l'enfant, ils sont tout expliqués <sup>2</sup>.

Toutefois ici nous retrouvons l'influence des principes spéciaux de l'ancien droit sur la matière que nous étudions, pour ce

<sup>1</sup> Fournel (*ibid.*); 1<sup>re</sup> partie, chap. XI, § 1<sup>er</sup>.

<sup>2</sup> On a eu déjà sous les yeux plusieurs exemples au commencement de cette étude; ils ne sont point isolés. Héricourt (*ibid.*) cite encore un autre arrêt du 30 août 1661 qui condamne M. Hébert, maître des requêtes, à 14.000 livres. Ailleurs (Fournel, 1<sup>re</sup> partie, chap. II, § 1) la demoiselle \*\*\* étant devenue enceinte des œuvres du sieur Albanel, obtient contre lui 10.000 livres de dommages-intérêts par 3 arrêts de 1711, 1713, 1715. Le même Fournel (*ibid.* § 2) donne les chiffres suivants pour ce qui concerne spécialement l'enfant : « On peut, dit-il, accorder 100 livres jusqu'à l'âge de trois ans, 200 livres depuis trois ans jusqu'à sept et ainsi de suite. » Un arrêt du 14 décembre 1775, encore cité par lui, rendu contre le sieur Bernard de Marsange le condamne à payer 200 livres pendant les deux premières années et 500 livres depuis deux jusqu'à sept, etc. — Qu'on tienne compte maintenant de la dépréciation des monnaies, devant amener à tripler et quadrupler ces sommes pour avoir une juste idée du taux des réparations usitées, et l'on sera prêt à apprécier plus tard les condamnations plus récentes et le changement de point de vue accompli.



qui concerne les dommages-intérêts. Et il est d'autant plus important de s'y arrêter qu'on a quelquefois présenté la réduction des dommages-intérêts stipulés à l'avance par les parties, qu'opéraient les tribunaux, comme l'indice d'une incertitude d'idée sur la validité des fiançailles ou du moins d'une hésitation de l'esprit public à ce sujet. Rien n'est moins exact que cette déduction. Et s'il est vrai, comme cela est certain, qu'un grand pouvoir d'appréciation fût laissé aux tribunaux en toute occurrence, aussi bien quand les dommages-intérêts avaient été fixés à l'avance pour le cas de dédit que dans l'hypothèse contraire, il n'y a rien là qui entame la légitimité des engagements pris et qui puisse nuire à la sérieuse valeur des fiançailles. Cette réduction, qui en apparence méconnaissait ici la convention, n'était qu'un exemple des errements suivis dans toute la matière des conventions par la jurisprudence qui se réservait le droit d'apprécier une stipulation quelconque de clause pénale. Nous comprenons qu'il n'y a pas autre chose dans la fixation d'une somme à payer, qui est une opération tout à fait analogue à la convention d'arrhes et ne s'en distinguant que parce que la livraison de la monnaie est reportée à une époque ultérieure.

Nous n'avons pas à examiner en elle-même cette jurisprudence qui réduisait le chiffre de la clause pénale en général ; elle est certaine <sup>1</sup>. Elle s'appliquait dans notre matière, mais pas plus que dans les autres, et il en résultait que la convention d'arrhes elle-même, toujours respectée à Rome, pouvait se voir méconnue en partie aussi bien que la stipulation de clause pénale pure et simple et sans avance de fonds ; ce qui constituait, si l'on veut, notre ancien droit dans une certaine infériorité à l'égard du droit romain plus étroitement sanctionnateur. Toutefois cette jurisprudence avait l'avantage de mettre en relief le rôle spécial joué par les fiançailles, qui est de ne donner aucun droit sur la personne ni direct ni indirect, résultat auquel on serait cependant arrivé, si la condamnation pécuniaire étant trop lourde n'eût rien laissé subsister de la volonté portée à tout faire pour l'éviter ; rôle spécial qui est de permettre la fréquentation, d'ou-

<sup>1</sup> V. Pothier, *Traité des obligations*, n° 345, et l'art. 1152 du Code civil rédigé en vue de rompre avec cette jurisprudence.

vrir accès à la jeune fille en présentant le jeune homme plutôt comme ce qu'il doit être, un mari que, comme ce qu'il est, un étranger.

Notre ancien droit, sous un autre aspect, nous fait toucher du doigt le caractère provisoire et comme relatif des fiançailles par la ressource qu'il offrait pour les dissoudre ; et encore ainsi elles se séparent bien nettement du mariage sous un régime qui ne reconnaissait pas du tout le divorce.

L'official ou autorité ecclésiastique saisi d'une plainte en rupture de fiançailles ne condamnait pas toujours, une fois la preuve administrée ; on pouvait invoquer devant lui des raisons pour cette rupture. Ou bien on se présentait devant lui *de plano* pour obtenir la dissolution des fiançailles en invoquant des motifs à l'appui. Quelle était la nature des faits présentés par la partie voulant être déliée de sa promesse ? Elle ne variait pas. C'étaient toujours des faits postérieurs à la promesse, soit que l'autre partie eût changé de conduite, soit que sa situation vraie se fût révélée plus tard. Dans les deux cas la nature de ces griefs mettait bien en relief l'intérêt de notre engagement tout conditionnel : faire connaître les époux l'un à l'autre, leur permettre de s'apprécier et en même temps par un contact journalier qui était une école d'assimilation morale, juger de l'influence réciproque des tempéraments, de leur action et de leur réaction mutuelle.

Voilà ce qu'étaient les fiançailles, qui méritaient d'être conservées. Mais il faut bien le dire, il y en avait d'autres — et ici nous touchons peut-être à une des grandes raisons qui ont amené la transformation funeste, selon nous, que nous avons à raconter.

A côté des fiançailles des futurs époux, il y avait les fiançailles des parents, coutume singulière déjà par le nom seul ! et reste d'un état de civilisation où l'autorité paternelle opprimait l'initiative de la jeune génération jusqu'à la supprimer. Les parents *fiançaient* leurs enfants, et on comprend à quel âge ce devait être comme sous quels mobiles. Là dominait l'intérêt politique et disparaissaient les convenances individuelles. Le futur et la future intervenaient par simple acquit de conscience, parce qu'on ne pouvait pas se passer d'eux ; mais il est bien évident que l'har-

monie des caractères et les sympathies personnelles étaient le moindre des soucis dans une opération où l'on n'avait à faire qu'à des enfants <sup>1</sup>.

Sous un seul et même nom il y avait donc deux choses aux antipodes l'une de l'autre, la première émanant du respect de la liberté et supposant un développement individuel éminent; la seconde représentant l'autorité paternelle dans toute sa rigueur antique et écrasant la notion de personne sous l'intérêt collectif.

Que deux institutions si contraires aient pu vivre côte à côte, c'est ce qui nous est attesté par nombre de documents et ce n'est pas celle examinée en second lieu qui a jamais été contestée, sur elle au contraire l'attention s'est concentrée un peu trop jusqu'à laisser l'autre dans l'ombre; et de cette confusion sont nées probablement des répugnances qui survivent encore et qui devaient se formuler bientôt en termes non équivoques <sup>2</sup>.

Comment avait-elle pu naître et se développer non seulement au moyen âge mais encore dans les temps modernes, et persévérer jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, offrant ainsi en plein Occident un des traits les plus caractéristiques des mœurs orientales où l'on sait déjà de quelle façon se fait et peut se faire le mariage? Comment ce phénomène s'était-il produit? C'est là ce que nous n'avons pas à rechercher en détail. Mais il est certain qu'il avait pour condition une certaine quantité de dédain pour la femme considérée soit dans sa capacité de choisir, soit comme objet du choix, en d'autres termes comme élément actif ou passif de la rencontre... En ce qu'on faisait consentir la femme à l'âge d'enfant, on méconnaissait son droit d'initiative; en ce qu'on lui donnait pour futur un homme à ce même âge, on ne méconnaissait pas moins son pouvoir propre d'attraction et ses vertus spécifiques. Et en l'état toujours infériorisé dans beaucoup de sphères, du sexe en question, le phénomène que nous étudions

<sup>1</sup> L'enfant devait être présent et ne pas protester : il suffisait qu'il eût sept ans.

<sup>2</sup> Dans la rédaction du Code, à propos de l'art. 146, Tronchet : « C'est ainsi qu'autrefois on ne laissait à une jeune fille que l'option entre un couvent et la personne qu'on lui offrait pour époux. » — Le Premier Consul : « Cet article (art. 146) devrait être rédigé de manière à prévenir ces violences, » etc.

n'avait rien en somme qui ne s'expliquât assez aisément. Il est à craindre qu'il ne se produise dans toute société qui ne reconnaissant pas l'équivalence absolue des fonctions des deux moitiés de l'humanité, continuera à attribuer à l'une d'entre elles un monopole de pouvoirs ou de dignité.

Mais en admettant que cette crainte soit fondée ou non, en admettant que l'incapacité politique des femmes, par exemple, élément générateur du dédain qui les accable encore, doive encore mettre beaucoup de temps à disparaître, il n'en reste pas moins que le mouvement contemporain avait son orientation vers les fiançailles par paroles de futur, contractées en connaissance de cause par les personnes capables de se marier, que l'affaire concernait directement; il n'en reste pas moins vrai non plus qu'il était parfaitement loisible au droit nouveau de renoncer aux fiançailles entre parents, en opérant une scission qui était dans la logique des choses et qui n'aurait que mieux caractérisé l'ère nouvelle.

Depuis quand la destinée des institutions doit-elle dépendre d'une question de mots, et une fausse association d'idées arriver à faire loi chez un peuple?

## II. — DROIT INTERMÉDIAIRE ET CODE CIVIL.

C'est cependant le spectacle auquel nous allons assister, c'est le résultat qui va se produire — avec la complicité du désordre des événements que devait entraîner notre grande commotion politique et aussi grâce à une bévue de rédaction du Code civil, enfin sous l'influence d'un principe créé de la veille, adopté avec aussi peu de réflexion et de fondement, celui de l'interdiction de la recherche de paternité.

Quand on examine en effet, de haut, la source de la jurisprudence condamnant les promesses de mariage et, disons mieux, de notre état mental à ce sujet, qui fait de nous un peuple isolé en Europe, on trouve à la base une série de traditions mal comprises sur lesquelles les hâtives réformes du droit intermédiaire se sont greffées pour les obscurcir encore; et comme facteurs de second plan, quoique considérables en importance et l'un d'entre eux peut-être décisif, 1° une faute matérielle de composition du Code,

2° l'art. 340 défendant cette recherche de la paternité sans laquelle les promesses de mariage ne peuvent avoir leur portée sociale et encore moins leur valeur scientifique.

Et ainsi en parcourant ce programme, nous aurons obtenu l'explication de l'anomalie qui distingue la France de toutes les nations voisines, assurément sans qu'elle y gagne rien — nous ne le verrons que trop ; nous ajoutons, une anomalie dont il n'est pas permis d'entreprendre la justification en invoquant les principes démocratiques dont notre pays aurait le monopole ou dont il aurait réalisé le couronnement ; car si les idées politiques peuvent entrer en ligne de compte dans notre discussion, il nous semble évident que la démocratie doit voir d'un bon œil les fiançailles sous un double aspect : soit en ce qu'elles favorisent la fusion des classes en ouvrant le champ aux sympathies privées, soit en ce qu'elles enlèvent à l'autorité paternelle tout ce qu'elles donnent à l'individu. Et ce serait ainsi en tournant le dos aux doctrines démocratiques, dont le droit nouveau pourrait se présenter comme le champion, qu'il aurait réalisé une réforme mal digérée ou plutôt qu'il aurait suivi inconsciemment un courant dont il nous reste à noter les étapes.

Avant d'arriver au Code de 1804 et à la part qu'il a eue dans la genèse des opinions courantes, il faut parler du droit intermédiaire ; car déjà on y peut discerner deux mouvements d'idées qui ont pu dans une plus ou moins grande mesure commencer le déclin d'une institution et entraîner une certaine réprobation contre les fiançailles proprement dites ; nous voulons parler :

1° De la sécularisation du mariage ;

2° De l'établissement du divorce avec les facilités très grandes de la loi de 1792.

Après les explications qui ont été données dans la première partie, il ne sera pas difficile de comprendre comment cela pouvait rejaillir sur une coutume annexe du mariage et en même temps empreinte dans l'esprit public d'un caractère religieux ; d'autre part rattachée en quelque sorte à l'indissolubilité du mariage et parce qu'elle rendait celle-ci moins pénible par la familiarité antérieure des époux et parce qu'elle imposait une limite à la liberté des parties en inaugurant sérieusement un engagement

qui allait devenir irrévocable dans le mariage. Il faut n'être pas familiarisé avec l'histoire de l'esprit humain, pour ne pas apercevoir l'importance des deux points que nous venons de toucher, surtout quand les causes d'erreurs à commettre sont multipliées par cette sorte d'affolement dans la réaction contre le passé, qui marque la Révolution à ses débuts.

A la place du mariage religieux on mettait le mariage civil en déclarant que la loi « ne considérait plus que le contrat civil »<sup>1</sup>. Certes c'était là une grande réforme préparée par les juristes, rendue inévitable par le long martyrologe protestant des *marriages au désert*; il en est peu auxquelles la Révolution ait attaché tant de prix; il n'en est pas peut-être sur lesquelles les différents partis libéraux soient mieux restés d'accord pour en reconnaître l'urgence et le bien fondé.

Or croyez-vous que cette réprobation contre les pratiques religieuses se rattachant au mariage se soit restreinte à son véritable objet et n'ait pas englobé les fiançailles avec le sacrement, les promesses faites avec les promesses réalisées? Ce serait bien étonnant qu'il en eût été ainsi; et il est plutôt à croire que le prélude ordinaire au mariage, quoiqu'il ne dépendit pas absolument de l'autorité religieuse, partagea le discrédit qui frappait celle-ci, et qu'on évita de plus en plus de se fiancer comme on évitait de se marier à l'église pour ne pas paraître rendre hommage à un pouvoir mal vu et devenir complice d'une foi si tristement intolérante hier encore.

Mais une raison plus puissante hâta le mouvement de réaction contre l'institution du passé; c'était la loi de 1792 sur le divorce, elle-même puisée en partie à un esprit anti-catholique et surtout aux instincts d'indépendance individuelle exagérée pour lesquels travaillaient des législateurs dogmatiques et abstraits, s'inspirant des principes nouveaux toujours un peu arbitraires et aidés du reste par une anarchie politique sans exemple. Cette loi du 20 septembre 1792 ouvrait la porte si grande au divorce qu'elle en compromettait le principe même du mariage reposant sur la perpétuité virtuelle, sinon sur l'indissolubilité<sup>2</sup>. C'était l'époque

<sup>1</sup> Constitution du 3 septembre 1791, tit. III, art. 7.

<sup>2</sup> Divorce non seulement pour causes déterminées et par consentement

où l'on disait dans un exposé de motifs, l'exposé des motifs de cette loi précisément : « Considérant combien il importe de faire jouir la France de la faculté du divorce qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte... » et où le rapporteur ajoutait : « La liberté individuelle ne peut être aliénée d'une façon indissoluble par aucune convention <sup>4</sup>. » Comment n'aurait-on pas, sous cette belle raison de liberté inaliénable et imprescriptible, refusé aux fiançailles la valeur qu'on ne reconnaissait plus même au mariage, celle d'engager les volontés ? Il semble bien qu'il y eût une nécessité logique d'aller d'une négation à une autre, et même c'est sous l'influence d'un *a fortiori* évident qu'on devait aboutir à la seconde. Ou, si l'on veut, on était arrivé à un état mental où les promesses par paroles de futur ne pouvaient en quelque sorte plus se comprendre. A quoi bon s'enchaîner avant, quand on ne le sera même pas après ?

Sans doute on était revenu à d'autres idées, à des idées moins absolues au moment de la rédaction du Code civil. La réaction anti-religieuse ou anti-catholique avait perdu de sa force et les facilités du divorce allaient être considérablement restreintes par l'abandon du point de vue qui avait présidé à l'innovation. Mais le mal était fait et les fiançailles ne devaient pas de sitôt regagner dans l'esprit public le terrain qu'elles y avaient perdu.

Avec ces préventions accumulées, comment pouvait-on en avoir une idée bien nette, sous l'empire de la confusion existant dans l'ancien droit, des deux institutions que nous avons vu fonctionner côte à côte : l'une se rattachant à la donnée de l'autonomie individuelle, l'autre à une donnée toute contraire ? On allait justement avoir, dans une législation mieux ordonnée et définitive, à s'occuper des rapports des parents avec les enfants dans l'acte important qui fonde la nouvelle famille ; la question d'une certaine discipline domestique se posait, du consentement des pères et mères... Et tout de suite le souvenir des fiançailles conclues par les parents eux-mêmes, se réveillait, des promesses

mutuel, mais encore par la seule volonté de l'un des époux sous prétexte d'*incompatibilité d'humeur*.

<sup>4</sup> Rapport de Léonard Robin présenté à la séance du 3 septembre 1792. V. le *Moniteur* du 10.

faites sans raison pour autrui, de l'abus de l'institution ; et celle-ci s'apercevait à peine. Le parasite tuait l'arbre. Cela seul explique qu'on ait pu passer avec une légèreté inouïe, absolument incroyable dans d'autres conditions, dont nous allons donner des preuves, sur cette chose qui était entrée si profondément dans les mœurs, qui avait eu sa théorie scientifique aussi bien que sa pratique séculaire et qui, disons-le, avait ouvert l'entrée du monde à tant de générations. Les passages des travaux préparatoires, l'historique qui s'en dégage, ne peuvent se comprendre qu'à la lumière des explications précédentes — à moins de croire que les lois sont une œuvre d'enfant et l'acte de légiférer un jeu misérable où l'insouciance et la frivolité se donnent libre carrière.

Qu'on lise la séance où les corps délibérants ont abordé la matière et qu'on juge ! C'est à propos de la recherche de la paternité, article 340, — et nous laissons de côté cette question accessoire ou connexe, pour nous borner à celle qui nous occupe prise en elle-même.

Au sujet de cet article, dont la rédaction donnait lieu à des difficultés <sup>1</sup>, notre matière donc est abordée directement <sup>2</sup>.

— « LE CONSUL CAMBACÉRÈS dit qu'il est peut-être nécessaire, avant d'aller plus loin, de prononcer sur le cas où la grossesse a été précédée d'une promesse de mariage.

« M. TRONCHET fait observer que les rédacteurs du projet du Code civil ont proposé de décider que les promesses de mariage ne donneraient lieu qu'à des dommages-intérêts (?)

« M. RÉAL dit que la section pense que les dispositions sur les promesses de mariage doivent être renvoyées au titre des actions.

« M. BOULAY dit que souvent le fait de la grossesse est un motif de ne pas déférer à la promesse de mariage, et qu'il serait dur d'en faire un motif de contrainte.

« LE CONSUL CAMBACÉRÈS dit que son idée n'est pas de rendre dans cette hypothèse le mariage forcé, qu'il désire seulement que le cas soit prévu et décidé.

<sup>1</sup> Je les ai exposées dans un travail spécial, *Revue critique* d'août-septembre, octobre-novembre 1884.

<sup>2</sup> Fenet, t. X, p. 77 et suiv.; séance du Conseil d'Etat du 17 novembre 1801 (26 brumaire an IX.)



« M. RÉGNIER dit que la circonstance de la grossesse augmente les dommages-intérêts dûs pour l'inexécution de la promesse de mariage, parce qu'on suppose qu'elle est l'effet de la promesse. »—

Et la séance est close sur ces mots.

Résumons ou plutôt analysons cette discussion qui en vaut la peine et tirons-en la conclusion.

Les promesses de mariage paraissent aux cinq orateurs dignes d'une réglementation ; aucun ne les considère comme inexistantes, comme sans valeur, et ne méritant pas qu'on s'en occupe, encore bien moins comme suspectes et immorales.

Le consul Cambacérés, dont l'opinion est d'un si grand poids, qui avait été, on le sait, l'auteur de plusieurs projets de Code civil, revient par deux fois à la charge pour que les promesses de mariage trouvent place dans le Code : *il faut prononcer sur ce cas,.. il faut que le cas soit prévu et décidé.*

M. Réal est d'avis qu'on ajourne la question pour la traiter *au titre des actions* ; il a un projet en tête, et la nécessité de dispositions spéciales sur ce point ne fait pas un doute dans son esprit.

M. Boulay pose dès l'abord une réserve à une formule qui pourrait être trop large, c'est celle tirée d'une grossesse de la femme produite par une fréquentation étrangère ; c'est, en thèse générale, se ranger au principe de la validité, d'autant plus que cette réserve était parfaitement connue et admise dans l'ancien droit <sup>1</sup>.

M. Regnier mis sur la piste d'une grossesse prévoit le cas opposé à celui signalé par M. Boulay, à savoir la grossesse, œuvre du fiancé et conséquence de la promesse de mariage, et reprenant trait pour trait, pour son propre compte, la théorie ancienne, voit alors la responsabilité du jeune homme élargie et s'appliquant dans toute son étendue aux deux éléments en présence, envers la femme, envers l'enfant.

M. Tronchet seul paraît annoncer que le Code doit innover sur l'ancien droit ; d'après lui les promesses de mariage ne donneraient lieu qu'à des dommages-intérêts : phrase prononcée pro-

<sup>1</sup> « Lorsque l'une des parties, dit Pothier (*ibid.* n° 19), a manqué à la foi qu'elle avait donnée, l'autre est dégagée envers elle de son engagement. »

bablement sous l'influence de la théorie sur la recherche de paternité, inaugurée par la loi de brumaire an II, mais qui, si elle arrivait à restreindre l'effet des promesses de mariage, ne tendait assurément pas à décréter, à admettre leur inefficacité.

Et c'est tout !

Aucun autre débat sur le point en litige n'a eu lieu, aucune observation n'a été faite, que nous puissions connaître du moins.

Eh bien ! je le demande à tout lecteur désintéressé : Si l'on venait lui dire qu'après ces opinions exprimées, si décisives, si formelles, aucune réglementation des promesses de mariage n'a été accomplie ou même esquissée dans le Code civil, ni dans les Codes accessoires qui forment l'ensemble de notre législation ; si l'on venait lui dire cela, ne penserait-il pas qu'on veut se moquer de lui ? Et quand il constaterait que cette affirmation est la vérité même, que ni dans le Code civil, ni dans le Code de procédure, ni dans le Code pénal, nulle part enfin, les promesses de mariage n'ont fait la matière d'un article, ni même n'ont été l'objet d'une allusion, n'aurait-il pas une singulière idée de la confection des lois ?

Comment ! le consul Cambacérés, si préoccupé de l'importance de la question le 17 novembre 1801, l'a perdue complètement de vue ! Lui dont c'était la charge de rédiger une œuvre sinon sans défaut, au moins sans grossière lacune, et qui devait avoir à cœur, comme il en avait le pouvoir, de donner satisfaction aux desiderata qu'il sentait si vivement, il la laisse tomber dans l'oubli, dans un oubli qui est devenu pour elle le tombeau ?

Comment ! M. Réal qui ajournait la question au *titre des Actions* ou au Code de procédure, mais signalait par là-même la place qu'elle devait occuper à son point de vue et en affirmait l'existence d'une manière non équivoque, n'a pas trouvé moyen de réaliser son idée, lui présisément un des orateurs chargés plus tard par le gouvernement de la discussion de ce Code de procédure ? Ni M. Régnier qui prévoyait le cas assurément pratique, (l'avenir l'a bien montré), des relations intimes obtenues par des promesses de mariage, pour accentuer l'actualité de la loi ; ni M. Tronchet, un des quatre rédacteurs du Code civil, qui annonçait une évolution du droit nouveau sur le droit ancien

et aurait dû au moins spécifier, ne fût-ce que par une ligne, en quoi consistait ce droit nouveau!...

Il en est ainsi; et la contradiction entre la séance du 24 novembre 1801 et le texte de nos lois codifiées demeure sans qu'il soit possible de la lever. Toutefois l'étude que nous avons faite des précédents, si elle ne la justifie pas, l'explique, et voici comment :

Les promesses de mariage, en tant qu'institution juridique, avaient beaucoup perdu de leur valeur dans l'esprit des législateurs du commencement de ce siècle; ils en parlaient encore mais sans conviction, *verba sine voce*, parce qu'on en avait parlé dans l'ancien droit, sans en avoir une idée bien nette, sans les rattacher à un intérêt pratique d'une importance sociale.

Nous avons déjà vu ce que la sécularisation du mariage et le divorce très largement admis (en 1792) avaient pu produire en ce sens, et puis aussi comment dans le jeu des divers consentements nécessaires au mariage, ils avaient eu à réagir contre l'ancien droit et à réprover les fausses fiançailles qui étaient, par les termes du moins, confondues avec les vraies, quoique s'en distinguant au fond radicalement. Indépendamment de cela, les fiançailles avaient subi dans l'opinion un échec dont on ne saurait s'exagérer l'importance, grâce à une disposition légale toute nouvelle, celle de la loi de brumaire an II, qui leur enlevait leur principale raison d'être. Cette loi de brumaire, nous le rappelons, restreignait, (pour ne pas dire, anéantissait), la recherche de la paternité, ou l'attribution forcée d'un enfant à un homme qui le refuse pour sien, l'*affiliation*, en un mot, comme disent les Anglais dans un langage expressif.

Or, impossible de comprendre le fonctionnement normal des promesses de mariage sans cette recherche de la paternité; c'est là leur application capitale, car l'élément dominant des dommages-intérêts dans lesquels se résolvent ces promesses, était bien l'enfant dont il s'agissait d'assurer la vie en même temps que l'honneur de la mère serait réparé dans la mesure du possible. Et comment baser une condamnation, trouver une réparation, quand à l'avance on déclarait que la paternité n'aurait d'autre cause que l'aveu de l'homme (dans un acte authentique ou non,

cette question subsidiaire n'était pas encore résolue) et ne pourrait être établie que par lui, — avec bien entendu refusé dans le cas des contestations que nous supposons? Les fiançailles s'évanouissaient dans une conception sans consistance, étant supprimé le recours de la femme qui faisait surtout la valeur de l'institution. A quoi aboutissait cet engagement dont le résultat le plus naturel et aussi le plus grave ne pouvait pas être mis en lumière?

Ainsi — à tort ou à raison, je ne reviens pas ici sur cette question que j'ai traitée ailleurs<sup>4</sup>, si ce n'est pour marquer ses rapports avec notre sujet; — ainsi on interdisait à l'avance toute enquête sur l'origine de l'enfant du côté paternel, on mettait le père à l'abri des suites de ses actes, et l'autorisait solennellement à ne pas tenir compte de ses promesses, alors et surtout alors qu'on y avait le mieux cru... Celles-ci devenaient évidemment une mystification indigne d'occuper l'attention du législateur; et j'irai même plus loin, elles étaient un danger, puisque les fréquentations qu'elles avaient essentiellement pour but de faciliter, avec leurs tentations inévitables devenaient un piège pour la femme déclarée toujours coupable de s'être abandonnée et devant par conséquent ne pas se mettre en l'état de s'abandonner jamais.

Nous savons bien que depuis le Code civil, 40 ans environ après sa promulgation, la jurisprudence hésitant devant les deux innovations du Code civil qui se fortifiaient ainsi l'une l'autre dans une sorte d'émulation d'immoralité, a prétendu les tourner l'une et l'autre en rétablissant en partie les dommages-intérêts d'autrefois au profit de la fille victime d'une promesse de mariage, sous prétexte qu'il y avait *quasi-délit* de la part de l'homme séducteur et obligation pour lui de réparer le tort causé, sinon de reconnaître son enfant... Nous donnons simplement, et sauf à y revenir, la théorie courante qui se contredit selon nous par ses formules mêmes, puisqu'avant d'être tenu des conséquences d'un tort, il faut que ce tort puisse légalement vous être imputé, ce que défend précisément le Code. Et sans parler de ce qu'il y a d'étrange à voir un *quasi-délit* dans l'exercice d'un droit, ce dernier terme étant rigoureusement propre à qualifier

<sup>4</sup> Article de la *Revue critique* déjà cité.

l'acte du fiancé qui se dérobe, une fois la nullité des fiançailles admise <sup>1</sup>.

Mais s'il est certain qu'une jurisprudence relativement récente, disons-nous, ait obscurci les idées primitives et adouci l'antinomie créée par le Code entre l'ancien droit et le nouveau, il n'en est pas moins vrai que ces conciliations, ces tempéraments n'ont été admis que sous la pression des faits et des mœurs auxquels faisaient par trop violence les dispositions en vigueur.

Mais il est évident que ces considérations ne pouvaient frapper les rédacteurs du Code, auteurs eux-mêmes du nouvel ordre de choses et qui ne l'avaient pas vu fonctionner. Ils étaient donc purement et simplement en présence de cette situation : des fiançailles décapitées, et cela par l'art. 340 qui leur donnait le coup de mort.

Qu'y a-t-il d'étonnant dès lors qu'ils n'aient pas tenu la main au maintien et à la réglementation d'une institution morte-née ? Tirillés entre les souvenirs du passé et l'esprit qui avait dicté la loi de brumaire an II ; partagés entre le respect traditionnel des promesses de mariage contre lesquelles aucune protestation ne s'était élevée, et des répugnances contre la recherche de paternité, répugnances non justifiées, nous croyons l'avoir démontré en faisant l'historique de ce changement législatif ; jouet enfin de deux courants contraires, ils n'ont pu que formuler de timides protestations, des appels sans échos et surtout sans persévérance ; ils ont posé la question, mais, comme elle était insoluble, ils l'ont bien vite abandonnée — politique suivie invariablement par ceux qui ont de bonnes intentions, mais ne savent pas accepter les conditions nécessaires pour les réaliser.

Voilà l'histoire de cette scène étrange du 17 novembre 1801 où tous veulent une réglementation des fiançailles et où personne ne l'accomplit, ne l'essaie même. Cette attitude est parfaitement logique et humaine, étant donnée la fausse piste sur laquelle on était engagé.

LÉON GIRAUD.

(A suivre).

<sup>1</sup> Nous approfondissons plus loin ces points.

## BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE ET DES  
RECOURS CONTENTIEUX,

(tome II),

Par M. E. LAFERRIÈRE, vice-président du Conseil d'Etat.  
Compte-rendu par M. Léon Aucoc, membre de l'Institut,  
Ancien président de section au Conseil d'Etat.

M. Laferrière vient de terminer son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Nous avons rendu compte du premier volume et nous avons signalé le mérite de cet ouvrage<sup>1</sup>. Nous avons à apprécier aujourd'hui le second volume.

Rappelons d'abord le caractère de ce livre. Ce n'est pas un traité sur l'ensemble du droit administratif; c'est une étude approfondie de l'organisation, de la procédure et de la compétence de la juridiction administrative. La législation n'est abordée que d'un seul côté; le fond du droit n'est indiqué, en général, que par de brèves allusions, pour fournir une base à la discussion des questions de compétence. Mais quand on s'attache à faire un ouvrage spécial sur la compétence de la juridiction administrative, on est nécessairement entraîné, en multipliant les exemples pour faire ressortir le caractère et les nuances des doctrines, à toucher à la législation d'un grand nombre de branches du droit administratif.

Un pareil livre exige donc des connaissances très étendues et s'il est fait par un homme qui réunit, comme M. Laferrière, l'expérience des affaires à celle de l'enseignement, on comprend facilement qu'il est de nature à rendre des services considérables, à côté des ouvrages plus étendus qui embrassent l'ensemble des matières du droit administratif ou des monographies qui en creusent quelque branche spéciale.

Pourrait-il fournir, comme le pense l'auteur, la matière d'un enseignement permanent dans les facultés de droit? Cela nous paraît difficile à admettre. Nous ne verrions pas sans inquiétude réaliser l'idée, indiquée par M. Laferrière dans sa préface, d'un enseignement du droit administratif comprenant deux grandes divisions, la première, l'étude de l'organisation administrative, prise

<sup>1</sup> Voir *Revue critique*, 1887, p. 57.

dans un sens large, « c'est-à-dire des différents organes de la vie publique dans l'Etat, le département et la commune, des services qu'ils assurent, des ressources qui alimentent ces services », la seconde celle du contentieux administratif. A notre avis, l'étude des questions de légalité et de compétence se rattachant aux différentes matières du droit administratif, et qui sont bien autrement complexes que celles qui se rattachent au droit civil, doit toujours accompagner l'étude de l'organisation des services publics, des droits qu'ils donnent à l'administration, des obligations et des charges qu'ils imposent aux citoyens. L'une n'est pas complète sans l'autre et c'est au même moment qu'elles doivent être offertes aux étudiants pour être bien comprises.

Mais ce qui ne nous paraît pas douteux, c'est que, pour la pratique des affaires, pour éclairer les administrateurs, les juges, les justiciables et leurs avocats sur les règles que la législation et la jurisprudence ont établies, ou bien encore pour éclairer le législateur sur les réformes qu'on proposerait en cette matière, le livre de M. Laferrière est un guide très autorisé, et il est assurément plus difficile de mériter cet éloge que d'obtenir ceux qu'on accorderait à un bon livre d'enseignement.

On nous permettra peut-être, à raison de l'importance des questions discutées dans l'ouvrage, d'entrer dans quelques détails pour justifier notre appréciation.

Le premier volume est principalement consacré, nous l'avons dit, à l'exposé de l'organisation, des attributions et de la procédure des différentes juridictions administratives en France et à l'étranger<sup>1</sup>. Nous n'avons examiné que cette partie du travail pour ne pas scinder l'étude des règles de compétence.

Le plan du livre, pour la seconde partie, ressemble, par les

<sup>1</sup> Depuis la publication de ce volume, la législation espagnole s'est modifiée. La nouvelle loi sur le contentieux administratif, du 13 septembre 1888, votée après une remarquable discussion dans laquelle les doctrines des auteurs français ont été fréquemment citées, et qui ne contient pas moins de 108 articles, est digne d'attention. Le tribunal du contentieux administratif fait partie du conseil d'État; mais ses membres sont nommés et révoqués dans des conditions spéciales et ne participent pas aux travaux administratifs du Conseil dans les affaires qui pourraient donner lieu à des recours. Ses décisions sont exécutoires comme celles des tribunaux de l'ordre judiciaire; le système de la juridiction retenue a été supprimé. Les

traits principaux, à celui que suivent ordinairement les auteurs de traités généraux sur le droit administratif lorsqu'ils donnent la définition du contentieux administratif et qu'ils en expliquent le caractère propre et les limites. M. Laferrière y a seulement introduit quelques innovations de détail qui lui paraissent donner une idée plus nette des règles qu'il expose. Il traite d'abord des limites de la compétence administrative à l'égard de l'autorité judiciaire, puis de ses limites à l'égard des autorités législative, parlementaire et gouvernementale. Il aborde ensuite cette compétence par rapport à l'administration et il étudie successivement le contentieux de pleine juridiction, le contentieux de l'annulation, comprenant les recours pour excès de pouvoirs contre les actes des autorités administratives et les recours en cassation contre les décisions juridictionnelles, puis le contentieux de l'interprétation, enfin le contentieux de la répression.

Les expressions : « contentieux de pleine juridiction et contentieux de l'annulation » sont des termes nouveaux. M. Laferrière a pensé que la distinction généralement admise entre les recours par la voie contentieuse proprement dite et les recours pour excès de pouvoirs ne faisait pas suffisamment ressortir la différence des pouvoirs attribués à la juridiction administrative qui peut, dans le premier cas, statuer en droit et en fait et substituer ordinairement sa décision sur le fond du litige à la décision contestée et qui, dans le second cas, doit se borner à annuler l'acte attaqué, s'il est illégal, sans avoir le droit d'y substituer une décision contraire. Il peut y avoir une part de vérité dans cette critique depuis que la jurisprudence a étendu les facilités données aux recours pour excès de pouvoirs, à des cas où les droits individuels sont lésés par une violation de la loi, et nous ne voyons

tribunaux provinciaux sont composés en partie de magistrats des tribunaux de l'ordre judiciaire, en partie de membres de la députation provinciale, corps analogue à nos conseils généraux de département. L'exécution des sentences des juridictions administratives a été l'objet de mesures spéciales pour garantir les droits des particuliers, tout en laissant à l'administration un droit de suspension, moyennant indemnité, sous le contrôle des chambres (art. 83 à 87). Les six premiers articles de la loi mettent en relief les principes généraux sur les recours en matière de contentieux administratif et sur les limites des pouvoirs de la juridiction administrative. Les règles qu'ils posent se rapprochent beaucoup de la jurisprudence établie en France.



aucun inconvénient, pour notre part, à ce que la doctrine s'applique à chercher de nouvelles formules pour présenter exactement les notions fondamentales de cette matière. La nouvelle formule est-elle à l'abri de toute critique? Ne pourra-t-on pas dire que le contentieux de l'interprétation et le contentieux de la répression sont des branches du contentieux de pleine juridiction, puisque le juge statue en droit et en fait? Ne pourra-t-on pas discuter sur quelques points la répartition des affaires entre le contentieux de pleine juridiction et le contentieux de l'annulation, notamment en ce qui concerne les réclamations relatives aux grades des officiers? Il y a là une question de théorie pure et d'histoire de la jurisprudence dans les subtilités de laquelle nous n'oserions pas entrer ici. M. Laferrière en reconnaît lui-même la délicatesse et admet une exception<sup>1</sup>. Quoiqu'il en soit, le plan qu'il a adopté permet de classer très nettement toutes les divisions du sujet. Cela seul nous paraît essentiel.

L'auteur a consacré d'abord plus de deux cents pages à étudier les limites de la compétence administrative à l'égard de l'autorité judiciaire. Il débute par des règles générales sur la réciprocité du principe de la séparation des pouvoirs, sur les matières dont la connaissance est interdite à chacune des deux autorités, sur les questions préjudicielles, puis il expose les règles de compétence relatives aux questions d'état et de droit civil, — aux questions de propriété, — aux difficultés soulevées par les contrats de diverses espèces que peut passer l'administration. Il aborde ensuite la compétence en matière criminelle et correctionnelle, — la compétence sur les poursuites dirigées contre les ministres et contre les fonctionnaires autres que les ministres, — sur les actions en responsabilité dirigées contre l'Etat, les départements ou les communes, à raison des fautes de leurs agents. Il étudie enfin les matières administratives déferées par la loi l'autorité judiciaire.

Les solutions données par la législation, et par la jurisprudence du tribunal des conflits, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation à ces questions délicates, solutions dont les ouvrages généraux ou spéciaux sur le droit administratif donnent seulement l'esquisse dans les notions sur le contentieux administratif, sauf à aborder les détails à propos des différentes matières qu'ils

<sup>1</sup> Tome II, p. 514 et 515.

étudient ensuite, sont ici habilement groupées et le rapprochement des nombreuses décisions rendues dans des cas plus ou moins analogues permet de creuser les principes sur lesquels elles sont fondées et d'en vérifier l'exactitude. Nous avons particulièrement remarqué l'exposé des règles relatives à la compétence en matière de contrats, où les nuances sont si variées, parce que l'administration agit dans des conditions différentes suivant les cas et que la législation ne s'est pas toujours inspirée des mêmes principes, et celui des règles relatives aux poursuites dirigées contre les ministres et contre les fonctionnaires publics, qui ont donné lieu à des difficultés nouvelles depuis l'abrogation de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII. D'ailleurs le soin que prend M. Laferrière de donner et de discuter les motifs de l'opinion opposée à celle qu'il soutient permet toujours au lecteur de résoudre les questions controversées en pleine connaissance de cause.

Les principes relatifs aux limites de la compétence administrative à l'égard de l'autorité gouvernementale et de l'autorité parlementaire ne sont pas étudiés avec moins de soin. M. Laferrière a très nettement défini et précisé par de nombreux exemples ce qu'on doit entendre par actes de gouvernement quand on veut désigner par là les actes dont la nature exclut tout recours devant la juridiction administrative et devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, à savoir les actes concernant les rapports du gouvernement avec les Chambres, les mesures prévues par les lois en vue de la sûreté intérieure de l'État, les mesures qui se rattachent aux rapports diplomatiques avec les puissances étrangères, enfin les actes désignés sous le nom de faits de guerre. Il repousse avec raison une doctrine que les hommes politiques des différents partis sont trop facilement portés à soutenir quand ils exercent le pouvoir, et qui attribue le caractère d'actes de gouvernement excluant tout recours et tout contrôle, sauf le contrôle des Chambres, aux actes pris dans un but politique. Il soutient que la compétence dépend de la nature des actes et non des mobiles qui les inspirent, qu'un acte d'administration fait dans un but politique ne cesse pas pour cela d'être un acte d'administration et de relever du juge administratif; que, d'autre part, si des raisons politiques déterminaient le gouvernement à se

saisir d'une propriété privée en dehors des cas prévus par la loi, ou à porter atteinte à la liberté individuelle, les parties lésées n'en auraient pas moins accès devant les tribunaux de l'ordre judiciaire <sup>1</sup>. Il n'admet pas que les autorités publiques puissent s'investir elles-mêmes de pouvoirs que le législateur a omis de leur accorder et soustraire leurs actes à tout contrôle juridique en invoquant les nécessités politiques auxquelles elles auraient dû pourvoir <sup>2</sup>. Il ajoute que des ordres du jour adoptés par les Chambres et dictant ou approuvant la conduite du gouvernement ne changeraient pas la nature des actes au point de vue des recours <sup>3</sup>. Nous n'avons pas besoin de dire que nous approuvons cette doctrine libérale et juridique; nous l'avons soutenue dans nos *Conférences sur le droit administratif* et dans nos conclusions devant le Conseil d'État lorsque nous y remplissions les fonctions du ministère public; nous l'avons reprise dans un article publié par cette Revue lorsqu'une opinion contraire nous a été attribuée <sup>4</sup>. Nous devons seulement exprimer le regret que M. Laferrière, qui a discuté avec tant de sagacité la jurisprudence sur ces matières délicates, n'ait pas attribué sa véritable portée à l'arrêt rendu par le Conseil d'État, le 9 mai 1867, dans l'affaire de l'*Histoire des princes de Condé*, arrêt qui reconnaissait implicitement la compétence des tribunaux civils pour statuer sur la validité de la saisie du livre, en même temps qu'il déclarait le recours non recevable devant le Conseil d'État. Cet arrêt, qui a amené la restitution du livre indûment saisi, est le véritable point de départ de la nouvelle jurisprudence du tribunal des conflits et du conseil d'État, telle qu'elle résulte de la décision du tribunal des conflits du 5 novembre 1880 (*Marquigny*) et des arrêts du 19 février 1875 (*prince Napoléon*), du 2 avril 1886 (*Fontenaud*) et du 20 mai 1887 (*princes d'Orléans et princes Murat*). La doctrine qui ressort de cette série d'arrêts nous paraît très nette. Nous sommes étonné qu'après avoir étudié le commentaire qu'en donne M. Laferrière, notre collaborateur

<sup>1</sup> Tome II, p. 31, 32 et 38.

<sup>2</sup> Tome II, p. 42 et 43.

<sup>3</sup> Tome II, p. 26 et suiv.

<sup>4</sup> *Revue critique*, 1883, p. 266.

M. Brémont, en examinant la jurisprudence administrative, ait cru pouvoir signaler dans le dernier arrêt, au point de vue de la compétence, un défaut de précision, qu'il ait prêté à M. Dareste et à M. Laferrière une doctrine différente de la nôtre, et qu'il ait exprimé l'opinion qu'il conviendrait de supprimer toute règle spéciale aux actes de gouvernement <sup>1</sup>.

L'auteur a rattaché à cette partie de son livre les règles relatives aux limites de la juridiction du gouvernement en matière de prises maritimes, et en matière d'abus de la part des ministres du culte ou de la part des fonctionnaires à l'égard des ecclésiastiques. Les difficultés que soulèvent les recours pour abus ont été, dans ces derniers temps, l'objet de solutions nouvelles qui prêtent à la controverse.

Dans la partie de l'ouvrage consacrée au contentieux de pleine juridiction, l'auteur examine le contentieux des contrats, spécialement celui des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures, les actions en responsabilité pour dommages et pour fautes, le contentieux des traitements, soldes et pensions, les difficultés relatives à l'acquittement des dettes de l'État, le contentieux des contributions directes et le contentieux électoral. Ces matières ont un caractère commun, c'est que la juridiction administrative statue en droit et en fait sur les questions qui lui sont soumises, sauf les cas réservés expressément à l'autorité judiciaire ou à l'appréciation discrétionnaire de l'administration. Il y a là, à côté de questions déjà traitées dans quelques autres ouvrages, avec un soin égal à celui qu'y apporte M. Laferrière, plusieurs séries de questions auxquelles il a donné un intérêt nouveau, notamment celles qui touchent aux traitements, soldes et pensions, et au contentieux électoral.

Mais nous avons lu avec un intérêt plus vif la partie de son livre où il étudie le contentieux de l'annulation et spécialement les recours pour excès de pouvoirs.

C'est un traité spécial de cette matière qui est, on le sait, une véritable création de la jurisprudence du Conseil d'État; car le législateur a attendu jusqu'à la loi du 24 mai 1872 pour donner une base légale incontestable à cette jurisprudence. M. Lafer-

<sup>1</sup> *Revue critique*, Septembre-Octobre 1888, p. 563.

rière affirme avec raison « qu'on aurait quelque peine à citer un autre État que la France où le contrôle de la légalité administrative soit aussi étendu, où les voies de recours soient aussi largement ouvertes aux citoyens contre les abus de pouvoirs ou les erreurs de droit de l'administration <sup>1</sup>. » Et pour montrer les garanties que la juridiction administrative donne aux particuliers, il fait remarquer que, au lieu de se renfermer dans la stricte interprétation des lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, et de déclarer non recevables les recours fondés sur d'autres moyens que l'incompétence et l'excès de pouvoirs, le Conseil d'État s'est constamment appliqué à développer les moyens de recours, à en étendre les applications. En cela, dit-il, « il n'a pas seulement servi les intérêts des citoyens, mais aussi ceux d'une bonne administration qui ne sauraient se séparer de l'exacte observation des lois <sup>2</sup>. »

Ces quelques lignes indiquent bien l'esprit du travail de M. Laferrière, fidèle commentaire de la jurisprudence du Conseil d'État. L'origine et l'extension de ce recours, les conditions de recevabilité, les moyens d'annulation : incompétence, — vices de forme, — violation des droits acquis, — détournement de pouvoir, c'est-à-dire usage du pouvoir dans un but différent de celui que le législateur avait en vue, la procédure spéciale sont exposés avec les plus grands développements, avec une clarté et une solidité d'argumentation qui jettent une grande lumière sur ce sujet.

Nous voudrions pouvoir louer sans restriction ce travail si complet et si instructif. Il y a bien peu de points sur lesquels les doctrines exposées par M. Laferrière ne soient pas conformes à celles que nous avons soutenues.

Mais nous sommes obligé de dire qu'il ne donne pas, à notre avis, une idée juste des raisons qui ont amené le Conseil d'État, pendant le second Empire, à étendre les recours pour excès de pouvoirs en dehors des cas d'incompétence. Il y voit exclusivement des préoccupations d'ordre politique spéciales à la nature du gouvernement de cette époque. Pour nous qui avons été le témoin du développement de cette jurisprudence, nous n'avons jamais rien vu de pareil, et le souci de la responsabilité que font peser

<sup>1</sup> Tome II, p. 532.

<sup>2</sup> Tome II, p. 533.

sur le gouvernement les fautes de ses agents nous a paru toujours et nous paraît encore applicable à toutes les formes de gouvernement. Nous croyons qu'à toute époque les représentants du gouvernement ont été portés à abuser de leurs pouvoirs et à commettre des excès de zèle et que les gouvernements, quelle que soit leur forme, ont intérêt à ce qu'une juridiction suprême puisse recevoir facilement et sans frais les réclamations des citoyens, auxquelles la liberté de la presse et celle de la tribune n'assurent jamais une satisfaction complète. Si le Conseil d'État du second Empire a donné plus d'extension à ce recours que les Conseils d'État des régimes précédents, c'est parce que le décret dit de décentralisation administrative du 25 mars 1852 et d'autres mesures prises à la même époque avaient augmenté considérablement les pouvoirs des préfets en les chargeant de statuer sur un grand nombre d'affaires qui, antérieurement, étaient réglées par des décrets rendus sur l'avis du Conseil d'État. L'extension du recours pour excès de pouvoirs substituait, pour les questions de légalité, le contrôle répressif au contrôle préventif.

Si nous relevons cette appréciation inexacte au point de vue historique, c'est qu'elle a entraîné M. Laferrière à penser qu'il était nécessaire et conforme aux doctrines juridiques de restreindre la facilité des recours pour excès de pouvoirs sous le régime actuel.

Nous ne contredirons pas la doctrine établie par la jurisprudence et à l'établissement de laquelle nous avons concouru, qui refuse d'admettre le recours pour excès de pouvoirs quand les parties ont un autre moyen normal et régulier d'obtenir justice devant un autre tribunal de l'ordre judiciaire ou administratif.

Mais nous ne pouvons admettre la jurisprudence toute nouvelle qui crée une déchéance, non prévue par la loi, pour le cas où une décision a été attaquée devant le ministre avant de l'être devant le Conseil d'État. Le décret du 22 juillet 1806 fixe un délai de trois mois pour les recours devant le Conseil d'État ; aucune loi ne fixe un délai pour les recours devant les préfets ou les ministres. Or le Conseil d'État a décidé le 13 avril 1881 (*Bansais*) et le 14 janvier 1887 (*société de l'Union des gaz*) qu'un pourvoi contre une décision ministérielle confirmant un arrêté préfectoral n'était plus recevable, bien qu'il fût formé dans le délai de trois

mois à partir de la notification de la décision du ministre, si l'arrêté préfectoral lui-même n'avait pas été déféré au ministre dans le délai de trois mois à partir de la notification. Voilà une déchéance nouvelle que la loi n'avait pas édictée, que jamais jusqu'en 1881 la jurisprudence du Conseil d'État n'avait opposée et à laquelle les justiciables ne pouvaient s'attendre. Il est de principe en effet que les mesures rigoureuses sont de droit étroit et ne peuvent s'étendre par analogie. Nous avons critiqué cette jurisprudence dans notre précédent article sur le premier volume de M. Laferrière ; nous y voyions une conséquence de la thèse également nouvelle qui refuse aux ministres la qualité de juges de droit commun et ne considère leurs décisions, en dehors des cas exceptionnels qui leur seraient déferés par la loi, que comme celles de supérieurs hiérarchiques contrôlant les actes de leurs inférieurs. M. Laferrière a bien voulu s'attacher à discuter nos observations, nous avons lu avec soin sa réponse ; elle ne nous a pas convaincu. Il relève avec raison une inexactitude que nous avons commise dans l'analyse de la jurisprudence. Nous avons pensé que le Conseil d'État allait jusqu'au bout des conséquences logiques de ce système dans lequel on devrait considérer comme non-avenue la réclamation formée devant le ministre et ne tenir compte, pour le calcul du délai, que de la date à laquelle le Conseil d'État est saisi. Le Conseil d'État a admis un système transactionnel, dont l'arbitraire corrige un peu la rigueur <sup>4</sup>. Mais cette rectification ne nous amène pas à changer en principe la nature de nos critiques. La situation et les droits des justiciables sont profondément changés par l'établissement d'une déchéance qui n'existait pas jusqu'ici. M. Laferrière ne nous paraît pas avoir justifié la jurisprudence par les arguments sur lesquels le juge est autorisé à se fonder pour interpréter la loi. En réalité, il la justifie surtout par la nécessité de combler une lacune de la loi. Il fait valoir qu'il n'y a pas d'action sans délai et que le délai de trois mois fixé pour le recours contre les décisions des ministres doit s'étendre

<sup>4</sup> Nous avons déjà remarqué que M. Laferrière ne tire pas non plus toutes les conséquences de la nouvelle doctrine qui enlève aux ministres la qualité de juges de droit commun. Il accepte, en effet, la compétence des ministres dans plusieurs cas où la jurisprudence l'avait fondée uniquement sur la thèse opposée à celle qu'il soutient. V. tome II, p. 116, 356 et 358.

par un argument *a pari* aux recours formés devant les ministres contre les décisions des préfets, quand on veut ensuite attaquer la décision du ministre devant le Conseil d'État. Mais cet argument *a pari* n'est pas admissible quand il n'y a aucune parité entre les deux situations et s'il est vrai qu'il n'y a aucune action sans délai, il est facile d'appliquer le délai de trente ans, faute par le législateur d'en avoir fixé un autre. M. Laferrière invoque l'ancien usage : « *Leges vigilantibus succurrunt, non dormientibus.* » Mais il ne montre pas la loi sur laquelle est fondée la fin de non recevoir et que les justiciables sont en faute d'avoir oubliée. Nous ne sommes pas seul à combattre la nouvelle jurisprudence. Elle a été critiquée, avec des raisons très solides, dans le *Droit*<sup>1</sup>, dans le *Recueil des arrêts du Conseil*<sup>2</sup>, elle l'a été aussi par M. Ducrocq, le savant professeur de droit administratif à la faculté de droit de Paris, dans la *Revue générale de droit*<sup>3</sup>. Nous ne la croyons pas assise d'une manière définitive. Elle est inspirée, on l'a vu, par une tendance restrictive qui n'est pas en harmonie avec l'ensemble de la jurisprudence du Conseil en matière d'excès de pouvoirs, que M. Laferrière caractérise si bien dans les pages dont nous donnions tout à l'heure le résumé.

Dans le chapitre consacré au contentieux de l'interprétation, nous n'avons de réserve à faire que sur la question des pouvoirs du ministre<sup>4</sup>. Il y a encore dans la distinction des recours par la voie hiérarchique et des recours par la voie contentieuse un défaut de netteté, de nature à embarrasser les plaideurs et qui contraste avec la doctrine ordinairement si ferme et si claire de M. Laferrière.

L'ouvrage se termine par un excellent chapitre sur le contentieux de la répression où tous les principes généraux de cette matière sont mis en relief avec une grande sagacité. On sait que le Conseil d'État, qui applique, en matière de grande voirie, les mêmes textes que la Cour de cassation en matière de petite voirie, leur donne une interprétation plus libérale et moins onéreuse pour la propriété privée. M. Laferrière défend très solidement la

<sup>1</sup> *Le Droit* du 4 mars 1887.

<sup>2</sup> Note sous l'arrêt du 14 janvier 1887, p. 43.

<sup>3</sup> 1887, (compte-rendu de l'ouvrage de M. Laferrière p. 465 et 465).

<sup>4</sup> Tome II, p 595 et suiv.



jurisprudence du Conseil d'État. Il rappelle qu'elle est seule conforme à l'esprit de la législation sur la protection du domaine public, comme au texte même des actes antérieurs à 1789.

On voit par l'analyse que nous venons de faire l'importance et la valeur de l'ouvrage de M. Laferrière. Si nous avons cru devoir insister sur quelques réserves, c'est précisément à cause de l'autorité que doit avoir ce livre, non seulement à raison de la position considérable de l'auteur, mais à raison du savoir étendu dont il a fait preuve. LÉON AUCOC.

LE DÉVELOPPEMENT DE LA CONSTITUTION ET DE LA SOCIÉTÉ POLITIQUE EN ANGLETERRE,

Par M. E. BOUTMY, membre de l'Institut,  
 Directeur de l'École libre des Sciences politiques <sup>1</sup>.

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Guidé, comme il a soin de le faire remarquer, par les admirables travaux des Guizot, des Lèplay, des Shibbs, des Hallam, des Palgrave, des Gneist, des Fréeman et des Green, M. Boutmy a su faire, dans la nouvelle étude qu'il vient de publier, un petit chef-d'œuvre en un court ouvrage. Il n'est personne qui hésite à le déclarer avec nous. Nulle part, en effet, le lecteur ne trouvera un résumé aussi lumineux et aussi compréhensif de tout le développement politique et social de l'Angleterre; rien d'aussi précis et d'aussi attachant à la fois n'avait été écrit sur le grand sujet dont il a abordé l'examen. Jamais cadre aussi restreint n'a été plus magistralement rempli. Aux solides qualités du fond, vient s'ajouter le charme d'une forme vive, alerte et brillante, qu'un souffle d'impartialité ne cesse de parcourir et de traverser.

Écartant tout détail qui n'est que curieux et tout phénomène qui n'est qu'exception, l'auteur se borne à nous présenter un tableau d'ensemble : mais à peine est-il besoin de dire qu'aucun des changements importants dans l'ordre social dont il retrace à grands traits l'histoire ne lui échappe. — Le substantiel petit volume que nous avons sous les yeux se divise en trois parties : La première, intitulée *L'Angleterre du onzième au seizième siècle*, est consacrée à la formation du régime représentatif au cours de cette période. M. Boutmy y recherche les causes du

<sup>1</sup> Paris, 1887, 1 vol. in-18.

double « paradoxe » présenté par l'histoire de France et par l'histoire d'Angleterre, et il se demande comment, dans le premier de ces pays, une organisation faible du pouvoir central finit par aboutir au pouvoir absolu, tandis que, dans le second, au contraire, une royauté de conquête, irrésistible et despotique, aboutit à un gouvernement national, bientôt démocratique? Avec beaucoup de raison, le savant auteur ne cherche pas la principale explication de ces différences dans des différences de races, procédé banal et à la portée de tous ceux qui n'en savent pas découvrir de meilleur; mais il la trouve avant tout dans la dissemblance des situations et des nécessités politiques. Comparant, à ce propos, les origines des institutions britanniques à celles des institutions de la France au moyen âge, il excelle à nous faire voir que la royauté et la féodalité se trouvent, ici et là, placées dans des conditions bien différentes. Tandis qu'en France, la royauté est débile et isolée, tandis que la féodalité y est toute puissante, que le territoire et la souveraineté s'y trouvent morcelés, à l'inverse, la conquête normande a donné à l'Angleterre un roi fort à côté d'un baronnage faible et l'a dotée d'un royaume homogène. La nécessité de lutter contre l'omnipotence royale oblige tous ceux qui subissent la même oppression, à s'unir dans une résistance commune, « collective, nationale et même populaire. » Au XIII<sup>e</sup> siècle, tous les intérêts sont confondus, et toutes les classes se sont rapprochées dans un même effort. La conséquence en est une union plus étroite qu'en France entre l'aristocratie et le peuple, qui luttent, de bonne heure et d'un commun accord, non par générosité, mais par intérêt, pour la conquête des libertés. Un siècle plus tard, la même union se retrouve pour la constitution du parlement. Ainsi se forma cette grande assemblée homogène et vraiment nationale, que ne divisent ni les prétentions locales, ni les oppositions de classes, et qui apparaît, dès le premier jour, comme une institution unique dans l'Europe du moyen âge. Le contrôle du pouvoir royal au moyen de ce parlement fonctionnant dès le XIV<sup>e</sup> siècle avec tous ses organes principaux, tel a été le grand et fécond résultat de ce groupement particulier des forces agglomérées de la nation. — M. Boutmy a mis en lumière avec autant de bonheur une cir-

constance également caractéristique, qui devait exercer sur l'avenir politique de l'Angleterre une influence décisive : nous voulons parler de l'existence d'une classe moyenne, rurale, inconnue dans les États du continent, et formée par une sorte de dédoublement de la classe supérieure. Il nous montre le baronnage normand se divisant dès l'origine en deux portions : les hauts barons, tout d'abord, qui ont formé une aristocratie politique restreinte et concentrée, et ont constitué la pairie avec les dignitaires du clergé. C'est à leur concentration que le reste de la nation a dû l'égalité devant la loi et devant l'impôt. Quant à la couche inférieure du baronnage, loin d'être une caste privilégiée, elle s'est mêlée avec la masse des propriétaires libres, créant ainsi un lien permanent entre cette masse et la haute aristocratie. Les chevaliers et les bourgeois se sont rapprochés et ont siégé ensemble dans les Cours de Comté ; l'institution des juges de paix a fait passer dans leurs mains l'administration locale. C'est cette classe de propriétaires fonciers, dégagés de tout caractère féodal, qui, au commencement du XIV<sup>e</sup> siècle, constitue la Chambre des Communes. Cette Chambre vit bientôt grandir son rôle, sous l'influence de deux faits considérables, qui ont amené, dans la période des Tudors, l'effacement des deux grands pouvoirs destinés à servir de contrepoids à la royauté : l'extinction de l'ancienne noblesse féodale à la suite de la guerre des deux Roses, pour faire place à une pairie presque entièrement renouvelée dans sa substance ; la transformation, à la suite de la Réforme, de l'ancienne Église indépendante, en un corps de fonctionnaires ecclésiastiques subordonnés au pouvoir royal.

Nous glisserons rapidement sur la deuxième partie de l'ouvrage, intitulée *l'Angleterre au seizième et au dix-septième siècles*, et dans laquelle M. Boutmy étudie les crises par où a passé le gouvernement représentatif, et où il nous explique comment la noblesse créée par les Tudors pour servir de soutien à leur despotisme, a rétabli, au XVII<sup>e</sup> siècle, les libertés parlementaires, pour arriver de suite à la troisième, qui a pour titre : *La révolution industrielle et agraire et le gouvernement oligarchique au XVIII<sup>e</sup> siècle*. Cette troisième partie est, sans contredit, le plus originale du livre. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, la société politique s'est, suivant l'expression de M. Boutmy, renouvelée jusque

dans ses profondeurs. La *Gentry* anglaise avait, jusque-là, constitué une classe ouverte « soutenue et incessamment recrutée par une classe moyenne nombreuse et ascendante; celle des petits propriétaires libres. » Or, à cette époque, la classe moyenne agricole disparaît; la *Gentry* se resserre et se transforme en une sorte d'oligarchie politique. Cette période offre un intérêt d'autant plus émouvant, qu'elle a fait naître des problèmes qui, posés au siècle dernier, sont restés depuis lors sans solution, et font, aujourd'hui encore, le sujet des débats à Westminster. On voit croître à ce moment les grands domaines fonciers, les *latifundia*, que l'usage des *Settlements* rend incessibles et insaisissables; les deux tiers de l'Angleterre et du pays de Galles deviennent la propriété de 10.207 habitants; les deux tiers de l'Écosse, celle de 330 personnes; désormais, les grands propriétaires, maîtres du sol et possesseurs du gouvernement local, sont presque seuls représentés au Parlement et y font la loi. Toutefois, quels qu'aient pu être les défauts de cette oligarchie, M. Boutmy lui rend cette justice, que c'est à elle que l'Angleterre a dû la réalisation du type de gouvernement parlementaire qu'elle a conquis au siècle dernier. Mais, tandis que s'accomplissait cette concentration de la propriété foncière et de la puissance dans la classe rurale supérieure, le développement de la grande industrie mécanique faisait surgir comme une nation nouvelle, qui venait, pour ainsi dire, se juxtaposer à la vieille Angleterre. La manufacture s'élevait en face du manoir, et semblait le défier. C'est dans la lutte de ces deux forces rivales que se résume toute l'histoire politique de l'Angleterre au XIX<sup>e</sup> siècle; ce n'est pas un des moindres mérites de la belle étude de M. Boutmy que de nous faire assister à son développement et à ses péripéties.

Tel est ce remarquable travail, des qualités maîtresses duquel un modeste compte-rendu ne peut donner qu'un pâle reflet. Digne en tous points de ses aînés, s'il ne peut contribuer à fonder la renommée dès longtemps établie de son éminent auteur, du moins aura-t-il la bonne fortune de la confirmer et de l'accroître.

P. LOUIS-LUCAS.

---

*L'Editeur-Gérant* : F. PICHON.

---

Paris. — Impr. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, & 24, rue Soufflot.

## EXAMEN DOCTRINAL

## JURISPRUDENCE CIVILE

## DONATIONS, SUCCESSIONS ET TESTAMENTS.

(Arrêts publiés en 1887),

Par M. Marcel PLANIOL, professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris.

## SOMMAIRE.

- I. — Dans quels cas la donation faite par un concubin à l'autre peut-elle être annulée ?
- II. — De la preuve des dons manuels.
- III. — L'article 1116, qui règle les effets du dol dans les contrats, est-il applicable aux donations ?
- IV. — Renonciation à succession ; annulation pour fraude contre les légataires.
- V. — Preuve de la parenté dans les successions.
- VI. — Exclusion des héritiers naturels par voie d'élimination.

## I.

Dans quels cas la donation faite par un concubin à l'autre peut-elle être annulée ? (Cass. Req., 23 juin 1887, Sir., 1887. I. 361).

Une femme réclame le paiement d'une somme considérable et présente un billet causé « valeur reçue comptant ». Le souscripteur déclare n'avoir jamais reçu d'elle aucun prêt, et il réussit à le démontrer. L'engagement pris par lui manque donc de cause, ou du moins, s'il en a une, ce n'est pas celle qui est indiquée dans le billet. Il peut bien en avoir une autre, mais c'est alors au porteur du billet à établir l'existence de cette cause réelle encore inconnue.

Or dans la plupart des cas le prêt supposé cache une libéralité : le prétendu emprunteur s'engage à rembourser une somme qu'il n'a jamais reçue, c'est-à-dire qu'il la donne. De plus, grâce à la jurisprudence admise en matière de donations déguisées, la donation ainsi faite sous l'apparence d'un prêt est aussi valable que si elle avait été faite dans la forme régulière et par acte notarié.

Il y avait dans l'espèce une circonstance particulière. Il était constant que la donataire avait été la maîtresse du souscripteur du billet. Quelle influence ce fait pouvait-il avoir sur la validité de la donation ?

Les relations de concubinage n'entraînent pas par elles-mêmes et à elles seules la nullité des donations faites par l'un des concubins à l'autre. Le Code n'a pas maintenu l'ancienne incapacité qui les frappait. On l'a supprimée dans le désir d'éviter des débats scandaleux. La disparition de l'incapacité des concubins est unanimement admise aujourd'hui et depuis longtemps déjà.

On ne peut cependant pas sacrifier entièrement le respect dû aux bonnes mœurs et donner carte blanche à des spéculations éhontées. Aussi les arrêts ont-ils peu à peu élaboré un nouveau système de répression qui remplace tant bien que mal l'ancienne prohibition.

Tout d'abord si des faits de captation ou de suggestion sont venus se joindre à l'entraînement de la passion pour déterminer la libéralité, celle-ci sera nulle; mais en pareil cas la nullité se fonde sur une cause étrangère au concubinage ou qui tout au moins en est distincte.

Lorsque la libéralité n'a pas été obtenue par ces moyens frauduleux, elle peut encore être annulée, si elle a eu pour but l'établissement ou la continuation des relations de concubinage. Ce qui la rend illicite, c'est qu'elle cesse alors d'être une donation pour devenir une convention intéressée, un véritable marché puisque la somme promise n'est que le prix d'une complaisance coupable. L'obligation contractée par la femme est nulle, comme ayant un *objet* illicite; l'obligation de son amant l'est par suite comme n'ayant pas de cause, puisque dans les conventions synallagmatiques les obligations réciproques des parties se servent de cause l'une à l'autre : celle de la femme étant nulle ne peut servir de cause à l'autre.

C'est Merlin qui dans son *Répertoire*, au mot *concubinage*, a posé les bases de ce système, et les arrêts et les auteurs qui sont venus après lui n'ont fait que répéter et développer ce qu'il avait dit.

Quand donc une donation entre concubins pourra-t-elle recevoir son exécution? Quand elle aura été faite spontanément dans une pensée vraiment désintéressée, par exemple par testament, ou si elle intervient longtemps après que toutes relations ont cessé.

Dans l'espèce la demanderesse s'obstinait à se prétendre créan-

cière en vertu d'un prêt, et elle eut la maladresse de verser au procès toute une correspondance où, disait-elle, la Cour en trouverait la preuve. La Cour y trouva tout autre chose. La demoiselle Chaboud, douée d'un insatiable appétit d'argent, exploitait sans merci la faiblesse de son amant, et l'arrêt constate qu'en se faisant régler en billets à défaut d'argent comptant, elle usait d'une pratique qui lui était familière. Cette obligation, sous l'apparence d'un prêt, n'était donc que le paiement des faveurs dont elle faisait trafic.

Dans ces conditions le caractère commutatif de cette convention et sa nature illicite ne pouvaient faire l'objet d'un doute.

Le pourvoi soulevait pourtant une dernière difficulté. Il s'en prenait aux moyens de preuve dont on s'était servi pour établir le concubinage. Déjà dans l'ancien droit on discutait beaucoup pour savoir de quelle manière cette preuve pouvait se faire. Fallait-il que le concubinage fût constant et notoire? Devait-on exiger une preuve écrite? Pouvait-on se contenter de la preuve par témoins? Ces difficultés sur la question de preuve avaient contribué à faire supprimer l'ancienne incapacité. Le mémoire ampliatif s'efforçait de les faire renaitre. La preuve du concubinage, prétendait-on, ne devait pas être cherchée en dehors de l'acte même qui contenait l'engagement. Cette prétention trouvait un appui dans les considérants de divers arrêts, entre autres dans une décision de la Cour de cassation du 26 mars 1860, dans laquelle on lit : « Considérant que l'acte du 15 juin 1844 « n'énonce pas qu'il ait eu pour cause des relations illicites entre « le sieur G... et la fille V..., qu'on ne pourrait suppléer à son « silence à cet égard en se fondant sur les circonstances du litige, « sans retomber dans des recherches dangereuses, redoutées à « juste titre du législateur <sup>1</sup>. » Mais, comme le disait fort justement M. le conseiller Lardenois dans son rapport, interdire aux juges de rechercher la cause illicite en dehors de cet acte, ne serait-ce pas leur interdire d'en reconnaître jamais l'existence? Peut-on croire que les parties qui ont recours à une simulation précisément pour la cacher, la laisseront apparaître? La Cour a donc jugé, comme l'y invitait son rapporteur, que l'arrêt attaqué

<sup>1</sup> Sir., 60. 1. 321.

n'avait pas méconnu les intentions du législateur, puisqu'il avait trouvé la preuve du concubinage dans des lettres versées spontanément aux débats par la demanderesse et ne l'avait pas cherchée dans des investigations indiscrettes et dangereuses. Par là la Cour de cassation se place dans une doctrine intermédiaire entre son arrêt de 1860 et certains arrêts de Cours d'appel qui vont jusque à admettre la preuve par témoins et les présomptions <sup>1</sup>.

Cette exigence relative à la façon dont le concubinage peut être prouvé a donc pour but d'éviter des scandales dans l'intérêt des familles. Elle n'est du reste pas nouvelle, car avant le Code on s'accordait généralement pour exiger soit la notoriété des faits, soit un commencement de preuve par écrit ou même une preuve écrite entière, de façon à exclure toute enquête.

Il n'en est pas moins vrai que la jurisprudence moderne annule moins souvent que l'ancienne, les donations entre concubins. Elle se voit forcée, pour les atteindre, de les travestir en marchés onéreux, ce qui l'amène à maintenir toutes celles qui se font après la cessation du concubinage.

Ceci est la conséquence de notre manière de comprendre la cause dans les donations, et, comme on juge l'arbre par ses fruits, on peut juger la théorie par ses effets.

Pour nos auteurs modernes, une donation n'a pas d'autre cause que l'intention libérale qui l'inspire. Tous répètent de confiance ce qu'a dit Pothier <sup>2</sup>. Autant dire que la volonté de s'obliger n'a pas d'autre cause qu'elle-même.

Une cause ainsi entendue, réduite à une volonté abstraite, dégagée de tout motif, ressemble fort à une cause qui n'existe pas. L'intention libérale elle-même a besoin d'une cause pour se soutenir. Dans l'isolement où on la laisse, elle échappe à tous les vices qui pourraient la corrompre; elle ne peut être ni licite ni illicite en elle-même, puisque tous moyens d'apprécier sa valeur morale font défaut. Avec un pareil système, on arrive à cette conséquence : qu'on ne trouvera jamais de cause illicite dans les donations, ce qui est difficile à admettre.

<sup>1</sup> Caen, 2 juillet 1872, Sir., 73. II. 145. Agen, 7 juillet 1886, Sir., 86. I. 189.

<sup>2</sup> *Traité des obligations*, n° 42.



Il faut donc, pour estimer l'intention du donateur, en rechercher les motifs. Pourquoi le donateur a-t-il voulu donner? Était-ce l'affection naturelle? un lien de parenté? une pensée de charité? une ancienne amitié? des services rendus? et quels services? C'est là qu'est la solution; c'est là qu'on trouvera des armes pour annuler les donations suspectes et donner satisfaction à la loi et à la morale. On n'y réussit que d'une manière incomplète, comme on vient de le voir, quand on emprunte une théorie spéciale aux contrats à titre onéreux pour la transporter dans les donations.

Je ne suis pas le seul, j'imagine, à n'être point satisfait de la théorie de la cause, telle qu'elle est construite de notre temps.

Quand deux personnes, qui vivent ensemble sans être mariées, se font l'une à l'autre une donation, je persiste à croire que cette donation a pour cause le concubinage, car sans lui elle ne se serait point faite. Si le concubinage est illicite, la donation l'est également, et elle l'est toujours. On dira que nous rétablirions ainsi, sous le nom de nullité pour cause illicite, l'ancienne incapacité que le Code a supprimée. Soit, mais le moyen employé par la jurisprudence n'est qu'un détour pour y revenir, et il n'aboutit qu'à une sanction partielle. Est-ce suffisant? On peut dire en sa faveur que celui qui laisse par testament une partie de sa fortune à une ancienne maîtresse n'agit plus sous son empire; son inspiration est mieux réfléchie et plus libre, tandis que celui qui donne au cours de ses relations avec sa concubine, subit peut-être des manœuvres condamnables et se laisse exploiter par une femme sans scrupules que pressent ses créanciers. C'est une considération qui a sa valeur et qui peut justifier une distinction.

## II.

De la preuve des dons manuels. (Cass. civ., 9 août 1887, Sir., 87. I. 313).

On semble parfois considérer la jurisprudence sur la validité des dons manuels comme une nouveauté. Or, leur validité est une des règles les plus anciennes qui existent. Elle est aussi vieille que l'effet translatif de la tradition, dont elle n'est que l'application.

Les dons manuels ont échappé à l'art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance de 1734, qui exigeait la rédaction d'un acte notarié. Daguesseau

l'admet lui-même dans une lettre du 25 juin 1731, où parlant « d'un don qui se consommeroit sans acte par la tradition réelle », il dit que « l'article n'a point d'application à ce cas, qui n'a besoin d'aucune loi <sup>4</sup>. »

Pour la même raison, l'art. 931 du Code civil, qui n'est que la reproduction de l'ordonnance, ne leur est pas applicable, et Joubert dans son rapport au Tribunat en a fait lui-même la remarque.

La validité de ces dons n'est donc pas nouvelle; ce qui est nouveau, c'est leur importance.

Daguesseau dans le passage précité ne prévoyait que la remise « d'un meuble ou d'une somme modique. » Il s'agissait donc de de simples présents ou *cadeaux*, qui restent des menus faits de la vie et ne doivent pas revêtir le caractère d'actes juridiques. C'est ce qu'il entendait en disant « qu'ils n'avaient pas besoin de loi. » Il ne pensait donc pas à ces dons considérables que la transformation économique de la richesse permet de faire aujourd'hui de la main à la main. De pareils dons, quand ils sont occultes, ne sont guère que le produit de la captation ou de la fraude.

On aurait pu se servir contre eux d'un argument qu'il ne me souvient pas d'avoir vu employer.

On sait que les donations d'objets mobiliers doivent être accompagnées d'un état énumératif. Autrefois, c'est-à-dire sous le régime de l'ordonnance de Daguesseau, cet état n'était nécessaire que dans le cas où il n'y avait pas tradition immédiate. Il servait uniquement de défense au donataire contre un retour de volonté du donateur, et assurait le respect de la règle : *Donner et retenir ne vaut*. En 1804 l'art. 948 fut proposé avec une rédaction conforme à cet état du droit, et l'obligation de dresser un état s'y trouvait subordonnée à cette condition : *S'il n'y a pas tradition réelle*. Ces mots furent effacés sur une observation de Tronchet. Il fit remarquer que « même en ce cas la donation « devait être accompagnée d'un titre parce que sans cette précaution on ne parviendrait pas à fixer la légitime des enfants. » Dès lors, l'état estimatif ne sert plus seulement comme autrefois

<sup>4</sup> Edition de 1776, t. IX, p. 361; édition Pardessus, t. XII, p. 312.

à assurer l'exécution d'une promesse de donation. Il sert aussi à déterminer l'étendue de la donation, toutes les fois qu'il y a lieu à rapport, à réduction, ou à révocation. C'est un point qu'on a grand soin de faire remarquer dans les cours et dans les livres.

L'état estimatif devrait donc être considéré comme nécessaire dans les donations réalisées par une dation aussi bien que dans les donations réalisées par une promesse, puisqu'il est nécessaire toutes les fois qu'il s'agit d'une donation susceptible de rapport ou de réduction. Ce n'est donc pas avec l'art. 931, mais avec l'art. 948 qu'on aurait pu attaquer la validité de pareils dons.

Dans l'arrêt qui nous occupe il s'agissait d'ailleurs non de la validité, mais de la preuve du don manuel. Un père réclamait à une femme, qui avait été la fiancée de son fils, la restitution de bijoux donnés en vue du mariage projeté et rompu depuis. La femme reconnaissait bien les avoir reçus, mais elle soutenait qu'elle les tenait du fils et non du père. Le père devait donc établir en sa qualité de demandeur qu'il était réellement le donateur. Pour cela il produisait la facture du bijoutier : par là il prouvait bien qu'il les avait achetés, mais non pas qu'il les eût donnés. De plus cette facture ne pouvait servir de commencement de preuve par écrit contre la donataire, puisqu'elle n'émanait pas d'elle, et comme la valeur des bijoux donnés dépassait 150 francs, ni la preuve par témoins ni les présomptions n'étaient admissibles. Rien n'établissait donc la réalité du don, si ce n'est l'aveu de la défenderesse ; or il fallait le prendre tel qu'il était, et en conclure que le père avait donné les bijoux à son fils pour que celui-ci en fit lui-même cadeau à sa fiancée. La Cour de cassation a donc cassé le jugement du tribunal d'Annecy, qui avait ordonné la restitution des bijoux ou de leur valeur, et elle a fait ainsi une très juste application des règles de la preuve.

Cependant la situation faite désormais aux dons manuels devient étrange. Lorsqu'on se demande s'il y a lieu de rédiger pour eux un écrit, il faut répondre tout à la fois oui et non. Je sais bien qu'on doit distinguer les conditions de validité d'un acte et ses moyens de preuve, et que l'écrit est exigé ici *ad probationem*, non *ad solemnitatem*. Mais la seule raison d'être du don manuel était précisément de dispenser les parties de cette rédac-

tion : si l'acte s'y trouve sujet pour une raison quelconque, le procédé perd son utilité.

Je sais aussi qu'il en est de même de tous les contrats qui d'après le droit français sont consensuels et ne rendent pas nécessaire la rédaction d'un écrit pour leur formation. Mais en fait pour les objets de valeur il ne se conclut pas de vente sans écrit, et la plupart de celles qui se font au comptant sont des ventes commerciales au moins pour le vendeur, et pour lesquelles l'article 109 du Code de commerce permet tous les moyens de preuve. De plus la vente une fois exécutée et soldée ne donne presque jamais lieu à des difficultés juridiques postérieures, tandis que le don peut être caduc, rapportable, réductible, révocable : la nécessité de l'écrit sera donc beaucoup plus impérieuse pour le don que pour la vente.

Notre jurisprudence retire donc d'une main ce qu'elle donne de l'autre.

J'entrevois une conséquence possible : si le don manuel, à cause des opérations juridiques nouvelles qu'il peut entraîner après lui, restitution, rapport, réduction, etc., doit en fait se constater par écrit, pourra-t-on échapper encore à l'art. 931, et ne sera-ce pas le cas d'appliquer la règle : *Tous actes portant donation seront passés devant notaire*? Je ne crois pas que les parties puissent s'y soustraire, en se bornant à rédiger un reçu pour constater la remise des objets donnés.

Qu'est-ce en effet qu'un *reçu*? De deux choses l'une : ou bien c'est la quittance d'une obligation préexistante, ou bien la constatation d'une remise exécutée volontairement, sans obligation antérieure. Or, dans l'espèce il n'y a pas d'obligation : tout se réduit à une tradition. L'écrit rédigé serait donc réellement la constatation d'une donation, et l'art. 931 devrait être observé.

Sans doute le donateur restera toujours libre d'effectuer sa donation par voie de simple remise : l'art. 2279 suffira à protéger le donataire. Mais il renoncera par là à réclamer jamais les objets donnés, lui ou ses héritiers, pour une cause quelconque, car il se sera privé de tout moyen de preuve et se trouvera réduit à l'aveu du donataire, c'est-à-dire à une restitution volontaire.

Il résulterait de là que la pratique des dons manuels devrait se réduire aux simples cadeaux ou présents d'usage d'où elle n'aurait jamais dû sortir, et que les dons véritables se retrouveraient indirectement soumis à la nécessité d'un écrit.

### III.

L'art. 1116, qui règle les effets du dol dans les contrats, est-il applicable aux donations? (Cass. Req., 27 juin 1887, Sir., 1887. I. 419).

Pour qu'une convention soit sujette à rescision pour dol, il faut que les manœuvres frauduleuses aient été commises par l'autre partie (art. 1116, C. civ.). Si le dol est commis par un tiers, il ouvre seulement une action en indemnité contre son auteur et ne porte pas atteinte à la validité de la convention.

Il en est autrement de la violence qui entraîne toujours nullité, qu'elle vienne d'un tiers ou de l'autre partie.

Cette différence est traditionnelle, et remonte au droit romain. Le prêteur accordait l'exception de dol *in personam* : « Si nihil in ea re dolo molo actoris factum est » <sup>1</sup>, tandis que l'exception *metus* se donnait *in rem* : « Quod metus causa gestum erit, ratum non habebit », disait l'Edit <sup>2</sup>.

Mais le droit ne vit pas seulement de traditions; il a besoin de motifs. On a cru en donner un en disant que : « Si la répression « est plus énergique pour les actes de violence que pour les actes de dol, c'est qu'ils apportent dans les relations sociales un « trouble bien plus grave et plus alarmant. » <sup>3</sup> Cela est vrai, mais ce trouble fait de la violence un *délit*, et c'est alors au droit pénal à sévir. Quant au droit civil, il ne peut tirer de là que des conclusions injustes : si la violence doit toujours entraîner nullité, cela n'explique pas pourquoi le dol n'en ferait pas autant. On arrive ainsi non pas à une répression satisfaisante de la violence, mais à une réparation insuffisante du dol. Il y a contradiction dans le système du Code qui considère le dol comme un vice du consentement aussi bien que la violence ou l'erreur, et qui

<sup>1</sup> Fr. 2, *De doli mali exceptione*, Dig., XLIV, 4.

<sup>2</sup> Fr. 1, *Quod metus causa*, Dig., IV, 2.

<sup>3</sup> M. Gide, à propos d'un ouvrage de M. Vernet, dans la *Revue pratique de droit français*, 1865, t. XIX, p. 239

cependant maintient dans un cas sur deux la convention viciée.

D'ailleurs le Code civil est moins généreux que ne l'était le droit romain : l'exception de dol était accordée même contre la partie étrangère au dol : « Quod enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit quod petit. » <sup>1</sup> Pothier, auquel les rédacteurs du Code ont emprunté la disposition de l'art. 1116 <sup>2</sup>, altérerait donc la doctrine romaine en croyant la reproduire.

Heureusement cette faute de législation n'a pas produit d'effets fâcheux en pratique, en ce qui concerne les contrats à titre onéreux. Il n'y a pas d'arrêts sur la question, qui est restée matière à controverses doctrinales.

Il n'en est pas de même pour les testaments. Les dispositions testamentaires offrent trop d'appâts au dol et à la captation, et elles sont ordinairement l'œuvre de malades ou de vieillards faciles à circonvenir. Aussi les arrêts sont nombreux; nos recueils ne prennent même plus le soin d'en dresser la liste, et se bornent à nous rappeler que la jurisprudence est constante.

La solution adoptée est salutaire : on laisse absolument de côté l'art. 1116, et cela ne peut souffrir difficulté. L'art. 1116 est écrit pour les conventions; il suppose qu'il y a deux *parties* dans l'acte; or le testament n'a qu'un *auteur*. Au surplus la tradition est un guide sûr. Furgole disait : « Il importe peu que le dol ait été commis par la personne en faveur de laquelle la disposition a été faite ou par quelque autre personne, suivant la loi 1, § 1, ff. *Si quis aliquem testari prohib.*, parce que dans l'un et dans l'autre cas, elle est également viciée, comme n'ayant point son fondement dans la volonté du testateur <sup>3</sup>. »

Pour les donations, la question des effets du dol est plus douteuse. La donation, quoi qu'en ait dit le Premier Consul, est un *contrat*. Pourquoi l'art. 1116 ne lui serait-il pas applicable? On ne peut nier que les dispositions générales du titre *Des obligations* ne soient faites pour les donations comme pour les autres contrats. L'art. 1107, réserve seulement pour certains contrats

<sup>1</sup> L. 36, *De Verb. Obl.*, dig., XLV, 1.

<sup>2</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 32.

<sup>3</sup> *Traité des testaments*, chap. V, sect. II, n° 13.

l'application des règles particulières établies sous les titres qui leur sont propres. Or aucun texte du titre *Des donations* ne contrarie l'application de l'art. 1116. D'autre part la tradition que je rapportais tout à l'heure, et qui était contraire à la règle, ne concernait que les testaments. Les donations devraient donc rester sous l'empire du principe général.

La jurisprudence a préféré les y soustraire. Pour y arriver elle s'est servie d'abord de l'art. 901 <sup>1</sup>, qui veut que le donateur soit *sain d'esprit*, mais elle n'a pu le faire que par un véritable abus d'interprétation : le dol n'est pas l'insanité d'esprit.

Il ne reste pas d'autre argument que la tendance du Code à soumettre autant que possible aux mêmes règles les libéralités entre vifs et les libéralités testamentaires. La jurisprudence française a cédé une fois de plus à cette tendance très remarquable qui la domine depuis longtemps, et qui lui fait confondre à demi sur bien des points les théories des dons et des legs. On raisonne comme si c'était un point acquis, et M. Demolombe ne paraît pas soupçonner qu'il puisse y avoir lieu de distinguer <sup>2</sup>.

#### IV.

Renonciation à succession; annulation pour fraude contre les légataires (Dijon, 24 juillet 1885, Sir., 1887. II. 227).

L'art. 788, C. civ., permet aux *créanciers* de faire annuler la renonciation de l'héritier, quand elle est faite au préjudice de leurs droits, mais cet article ne parle pas des *légataires*. Ce silence de la loi à leur égard suffit pour leur refuser un pareil droit, d'autant plus que les légataires n'ont jamais été créanciers du défunt et qu'ils ne deviennent créanciers de l'héritier que par son acceptation : si celui-ci renonce, ils n'ont jamais eu de droits contre lui. La Cour de cassation l'a ainsi décidé avec beaucoup de raison <sup>3</sup>.

Si l'art. 788 leur est inapplicable, est-ce à dire que toute ressource leur fasse défaut ?

<sup>1</sup> Voy. l'arrêt de 1877 et les notices dans Sirey.

<sup>2</sup> Il y a eu un arrêt en 1825 conforme à celui de 1887. En 1836 un autre avait été rendu en sens contraire.

<sup>3</sup> Cass. 15 mars 1859, Sir., 59. I. 506.

On sait que la jurisprudence, interprétant l'art. 788, admet que le simple préjudice suffit pour proposer l'annulation de la renonciation sur la demande d'un créancier, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'intention frauduleuse<sup>1</sup>. C'est un moyen de protection spécial, mis à la disposition des créanciers par extension des principes généraux de l'action paulienne. Quant aux légataires, quoique privés de cette faveur exceptionnelle, ils trouvent encore dans le droit commun une protection suffisante si la renonciation a eu lieu, non plus seulement à leur *préjudice*, mais en *fraude* de leurs droits. L'arrêt de 1859 précité le disait lui-même. La décision de la Cour de Dijon, que nous signalons aujourd'hui, n'est donc que l'application d'un principe déjà reconnu.

Il reste à rechercher dans quels cas la renonciation d'un héritier peut constituer une *fraude* contre les légataires.

Les dispositions faites à leur profit ne sont plus subordonnées à l'acceptation d'un héritier institué comme elles l'étaient en droit romain; elles subsistent malgré la renonciation.

Si cette renonciation peut leur nuire, c'est seulement par voie indirecte, et par une combinaison avec les règles de la quotité disponible. Ceci même est assez difficile à concevoir, car la renonciation d'un fils a beau appeler à la succession des héritiers à réserve plus nombreux, la quotité disponible n'est pas diminuée, les enfants du renonçant n'étant comptés que pour une seule tête, quel que soit leur nombre<sup>2</sup>.

Il faut donc chercher dans d'autres hypothèses le préjudice résultant pour les légataires d'une renonciation de l'héritier.

L'arrêt de 1859 précité nous en fournit un premier exemple : un fils, et des petits-enfants représentant un autre fils prédécédé avaient renoncé à une libéralité faite par leur mère et aïeule à son mari, lequel était mort sans avoir pris parti et leur avait ainsi transmis son droit d'option. En renonçant à cette libéralité, ils grossissaient la fortune de la donatrice qui leur arrivait directement tout entière et ils diminuaient celle du donataire qui avait fait de son côté des libéralités considérables. C'était donc pour

<sup>1</sup> Rennes, 6 avril 1875, Sir., 1877. II. 289.

<sup>2</sup> Aubry et Rau, t. IV, § 681, note 1.



eux un moyen de réduire les legs faits par leur père et aïeul, une véritable atteinte aux droits des légataires.

Était-ce une *fraude* contre les légataires? Ni la Cour de Rouen, ni la Cour de cassation ne l'ont pensé alors. La première déclarait « qu'encore bien que l'exercice de ce droit puisse avoir pour « résultat de nuire aux intérêts des légataires du sieur Dubourg « père, il n'en est pas moins légitime et justifié par l'intérêt de « ceux qui en ont usé », et la seconde traduisant la même idée dans une formule plus générale, disait : « que la fraude ne saurait résulter uniquement de l'exercice d'une faculté légale <sup>1</sup>. »

L'espèce soumise à la Cour de Dijon en 1885 rendait possible une combinaison analogue dans des circonstances différentes.

Une femme était morte laissant pour héritiers deux enfants, un fils et une fille, et ayant légué à son mari toute la quotité disponible.

La fille, qui avait reçu une dot considérable sans clause de préciput, renonça à la succession pour conserver sa dot, comme c'était son droit. Or il se trouvait qu'en renonçant elle absorbait toute la quotité disponible et rendait inutile la libéralité faite à son père. Celui-ci demanda l'annulation de la renonciation pour fraude à ses droits, et il l'obtint; le jugement fut confirmé en appel.

Il faut croire que les circonstances de la cause avaient frappé l'esprit des juges d'une manière bien défavorable pour la fille renonçante, car la question de fraude se présentait de la même manière qu'en 1859; l'héritier avait voulu se créer par sa renonciation une situation plus avantageuse que celle qu'il aurait eue en acceptant. C'était son droit : il usait d'une faculté légale, il cherchait son propre avantage. Il devait d'autant mieux se croire à l'abri de toute attaque que la faculté de renoncer ne lui a pas été donnée seulement pour se décharger des dettes. La cou-

<sup>1</sup> La Cour de cassation employait la même formule pour repousser les prétentions de l'enregistrement dans une affaire où un petit-fils avait renoncé du chef de son père à la succession du grand-père pour la recueillir de son chef et éviter la perception d'un double droit : il usait d'une faculté légale. (Cass., 2 mai 1849, Sir., 49. I. 522). — Cf. trib. de la Seine, 21 mai 1886, Sir., 87. II. 227.

tume de Paris le disait clairement : « Si celui auquel on auroit « donné, se voudroit tenir à son don, faire le peut en s'abstenant « de l'hérédité, la légitime réservée aux autres. » (art. 387). L'article 845 du Code civil n'a pas été conçu dans un autre esprit,

Il y a donc contradiction entre les deux solutions, et c'est la première qui est la bonne.

La Cour de Dijon dit que la renonciation de la fille ne peut s'expliquer par une pensée de *désintéressement*. Est-ce que le droit de renoncer est accordé dans ce but ? Ce n'est pas apparemment pour faciliter des actes de désintéressement que la renonciation est permise, mais dans l'intérêt exclusif du renonçant, et cet intérêt est double, comme je le rappelais plus haut : le successeur peut vouloir : 1<sup>o</sup> s'affranchir des dettes, 2<sup>o</sup> conserver ce qu'il a reçu sans clause de préciput.

Sans doute sa renonciation a pour but de faire tomber ou de réduire les libéralités faites aux légataires, mais ce but n'a rien de frauduleux : l'héritier y réussit en exerçant, dans son propre intérêt, une faculté que la loi lui donne.

La décision que je combats en ce moment, a pourtant en sa faveur une considération qui, étant données les circonstances, ne pouvait intervenir dans l'affaire jugée en 1859 par la Cour de Rouen.

La renonciation avait pour but de conserver une libéralité non préciputaire, dite *avancement d'hoirie*. La loi n'ayant pas fait de l'avancement d'hoirie un mode spécial de disposer, il se trouve que ce genre de libéralité est une donation entre vifs ordinaire, et non pas une simple avance faite à l'enfant sur sa part héréditaire. La renonciation du donataire, qui n'est peut-être pas entrée dans les prévisions du donateur, a pour effet de rendre inutiles toutes les libéralités postérieures, et prive le donateur du droit de disposer de son disponible. La jurisprudence a déjà cherché à éviter cet inconvénient en imputant l'avancement d'hoirie sur la part de réserve du renonçant, mais cela l'a conduit au système du *cumul*, qu'elle a depuis longtemps condamné.

La Cour de Dijon vient de trouver un autre moyen d'y parvenir : elle considère la renonciation de l'héritier comme une *fraude* contre les légataires. Cette nouvelle jurisprudence pourra

quelquefois amener des résultats heureux ; mais est-elle bien conforme à la loi ? N'est-ce pas imposer à l'héritier donataire une acceptation forcée ? En le menaçant d'annuler sa renonciation comme frauduleuse, ne le force-t-on pas à subir le rapport malgré lui ?

## V.

Preuve de la parenté dans les successions (Cass. Req., 28 juillet 1885, Sir., 1887. I. 261).

De quelle manière les personnes qui se présentent pour recueillir une succession ouverte doivent-elles prouver le lien de parenté qui les rattache au défunt ?

Si elles sont encore proches de la souche commune, elles n'éprouveront aucune difficulté. Mais la parenté peut être éloignée ; elle peut être au onzième ou au douzième degré. Si les branches sont inégales, cela représente six ou sept générations antérieures dont il faut reconstituer la série. On a vu, et on pourrait le voir encore, des collatéraux obligés de remonter au XVII<sup>e</sup> siècle pour y chercher l'auteur commun. Or on ne retrouve pas toujours dans les archives les actes de cette époque.

Il faut donc admettre d'autres preuves que les extraits des registres. Nos lois offrent d'ailleurs un moyen d'y suppléer. L'art. 14 du titre XX de l'ordonnance de 1667 et l'art. 46 du Code civil admettent la preuve par titres ou par témoins « lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsqu'ils sont perdus ». La descendance pourra donc se prouver à l'aide de papiers de famille, tels que des contrats de mariage ou des liquidations de successions ou à l'aide de toutes autres pièces, par exemple pour les familles nobles les *Recherches de noblesse* que faisait opérer de temps en temps l'ancienne administration. Il n'est pas nécessaire au surplus que ces titres aient le caractère authentique, car le texte ne l'exige pas ; il suffit que la date en soit certaine <sup>1</sup>. Mais comme il ne s'agit plus de preuves légales, préconstituées en vue du fait à établir, les juges conservent le pouvoir de les apprécier, et de se former une conviction personnelle d'après le degré de force qu'ils leur reconnaissent. Ils ont ainsi le droit de

<sup>1</sup> Cass., 10 juin 1833, Sir., 33. I. 794.

décider que les documents produits n'établissent pas la filiation. Ils peuvent même reconnaître, si la preuve de la filiation en résulte, que la nature de cette filiation est douteuse, ce qui doit faire rejeter la demande, puisque la succession collatérale ne peut appartenir qu'à des parents légitimes. Naturellement la décision des juges du fond, s'ils se bornent à apprécier ainsi la portée des pièces produites, sans les rejeter du débat pour défaut d'authenticité, est indépendante du contrôle de la Cour de cassation.

C'est précisément dans ces conditions que le demandeur avait échoué dans l'espèce; aussi son pourvoi a-t-il été rejeté.

La décision en elle-même est parfaitement juste, mais la forme appelle une observation.

La Cour semble distinguer deux manières de prouver la parenté, l'une en matière de filiation, l'autre en matière de succession. Si elle ne le fait pas en termes exprès, la lecture de son arrêt en suggère l'idée. Déjà en 1838 elle avait rédigé ainsi un de ses considérants : « Attendu qu'il ne s'agit pas de juger une question d'état, mais une question de généalogie et de parenté <sup>1</sup>. » Aussi n'a-t-on point manqué de traduire ainsi ses décisions; les notices d'arrêts et les notes qui les accompagnent donnent à penser que pour les successions la preuve par les extraits des registres n'est pas nécessaire, et que tous les autres moyens de preuve sont recevables.

Il y a en effet deux manières de prouver la parenté, mais la distinction à faire ne tient pas à la nature de l'action engagée. Elle a d'autres causes qui ont besoin d'être précisées.

Tantôt la filiation est douteuse parce qu'elle a été *cachée* : on n'a jamais connu les parents de l'enfant, ou, si on a cru les connaître, on s'est trompé. Sa naissance a toujours été entourée de mystère; il y a eu erreur ou mensonge, et cela dès le début.

Tantôt elle est douteuse parce qu'elle est *oubliée*. Elle ne l'était pas au moment de sa naissance; lui et les siens ont connu ses parents, et on ne prétend pas qu'il y ait eu erreur. C'est seulement grâce au temps écoulé que l'incertitude a pu naître.

Dans le premier cas, les preuves ordinaires n'ont jamais existé; dans le second elles sont détruites ou égarées.

<sup>1</sup> Cass., 18 décembre 1838, Sir., 1839. I. 44.

Dans le premier cas la loi se montre difficile pour la preuve parce qu'elle craint la fraude; la vérité a été méconnue ou falsifiée. Dans le second elle se montre plus facile parce qu'il s'agit seulement de retrouver dans de vieux titres la connaissance d'un fait qui autrefois était su et connu de tous, et d'ailleurs la famille n'ayant jamais rien caché, ses réclamations ne sont pas suspectes.

C'est donc dans la nature des faits qui ont causé l'absence de la preuve normale qu'il faut chercher la raison de distinguer, et non dans la nature de la réclamation et du but poursuivi : ce n'est pas parce que l'enfant réclame sa filiation que la preuve est soumise aux règles exceptionnelles des art. 323, car très probablement il ne réclame pas sa filiation pour elle-même, mais à cause des droits qu'elle peut lui donner, les droits de succession par exemple : c'est parce que sa naissance a été entourée de mystère, et que sa prétendue famille est désarmée devant lui.

Ce n'est pas parce qu'un parent réclame une succession qu'on lui facilite la preuve, car au fond ce qu'il demande à prouver c'est toujours une filiation, puisque la parenté collatérale elle-même n'est qu'une double descendance partie d'un auteur commun; c'est parce que la preuve ordinaire a été détruite par accident ou perdue par le laps de temps.

Deux choses cependant provoquent et expliquent la confusion contre laquelle je discute. D'une part, les pertes de registres tiennent surtout au temps écoulé, aux troubles de la Révolution, au remplacement des anciens registres des paroisses par ceux des municipalités. Ce qui fait que les difficultés de preuves prévues par l'art. 46 se présentent presque toujours à propos d'une succession collatérale un peu lointaine.

D'autre part les actions dites *réclamations d'état*, qui supposent que les véritables parents ne se sont pas fait connaître, sont limitées par le Code au premier degré : elles ne passent aux héritiers de l'enfant que par exception, et ne leur appartiennent jamais que par voie de transmission.

On est ainsi amené à trancher la question de preuve d'après la nature de l'action, à distinguer entre la *filiation* pour un enfant qui cherche ses parents, et la *généalogie* pour une famille qui se dispute une succession.

En réalité, il s'agit toujours d'établir un lien de parenté, et cette parenté n'est guère recherchée que par des gens qui veulent succéder. Or, la parenté devrait toujours se prouver par un extrait de nos registres municipaux ou de ceux des paroisses. Si dans certains cas d'autres modes de preuve sont admis, la différence qu'on remarque entre eux vient des causes qui empêchent la production de la preuve régulière, et ne tient pas à la nature de la réclamation. Si dans un cas, la filiation semble recherchée pour elle-même, c'est que les successions à recueillir ne sont pas encore ouvertes, mais elles sont certaines. Si dans l'autre cas la filiation n'est pas recherchée isolément avant l'ouverture d'une succession, c'est que la parenté étant éloignée, la succession est incertaine et éventuelle, et ne vaut pas la peine de risquer un procès, tant que l'occasion ne s'est pas présentée.

## VI.

Exclusion des héritiers par voie d'élimination. (Lyon, 29 juillet 1885, Sir. 1887. II. 101).

Beaucoup de gens sont pendant toute leur vie obsédés par le désir de ne rien laisser en mourant à leurs héritiers naturels.

Des opérations entre vifs, telles qu'une aliénation générale de leurs biens à fonds perdu ou moyennant une rente viagère, leur en fourniraient les moyens; mais en général on aime peu à se dépouiller de son vivant.

La plupart s'en tiennent à instituer un de leurs parents ou de leurs amis comme légataire universel, et le plus souvent ce moyen suffit. Cependant cet institué peut mourir avant eux; il peut répudier; si c'est un parent, il peut après sa mort transmettre les biens reçus à ceux que le testateur avait voulu exclure. Alors interviennent des substitutions plus ou moins dégüisées; ou bien des libéralités au profit d'une ville ou d'une institution de bienfaisance. Mais la substitution peut être découverte et annulée; la ville ou l'établissement gratifié peut être autorisé, si la cause des héritiers naturels se présente sous un jour favorable, à répudier le legs ou à ne l'accepter qu'en partie.

Ainsi un testateur, pour peu qu'il soit au courant des choses du droit, ne peut jamais mourir avec la certitude absolue d'avoir

dépouillé sa famille, d'autant plus que la jurisprudence (et il faut l'en louer), est manifestement portée à trouver aux défunts d'autres héritiers que l'État.

Il convient de se demander tout d'abord, avant d'examiner les diverses hypothèses qui sont possibles, si l'exclusion des héritiers légaux est valable en elle-même, abstraction faite de toute disposition au profit d'une autre personne.

Bien peu d'auteurs se sont posé la question.

M. Troplong disait : « Il n'est au pouvoir de l'homme de changer l'ordre des successions *ab intestat* que par la création d'un ordre nouveau » <sup>1</sup>. M. Demolombe pensait même : « Si le testateur est libre de *disposer*, ajoutons qu'il faut du moins qu'il *dispose*, » <sup>2</sup> et il répétait ailleurs les mêmes expressions, en développant sa pensée <sup>3</sup>.

C'est précisément là ce qui aurait besoin d'être démontré. Pourquoi l'homme qui peut modifier (sauf les droits des héritiers à réserve) la dévolution héréditaire de ses biens, serait-il astreint à le faire par voie d'institution directe, et non par voie d'exclusion ? Il y a là une exigence quelque peu puérile, à l'appui de laquelle on n'a pas encore fourni une seule raison sérieuse.

Au moment de la confection du Code on était sous l'empire d'une idée : l'abolition des anciennes exhérédations, et il semble que les rédacteurs de la loi aient eu dans l'esprit une confusion. L'exhérédation, telle qu'on l'entendait autrefois, était la privation des droits de réserve, lesquels pouvaient appartenir même aux collatéraux : le défunt obtenait alors une liberté de disposer qui ne lui appartenait pas de droit commun, et cela, on le conçoit, ne pouvait lui être permis que pour de justes causes, déterminées par la loi. Mais la réserve coutumière des biens propres a disparu. Nos réserves actuelles ne sont en réalité que des légitimes ; elles n'appartiennent qu'aux parents en lignes directe, et laissent toujours disponible une part considérable du patrimoine.

D'ailleurs, il ne s'agit pas d'autoriser les particuliers à y porter

<sup>1</sup> *Donations et Testaments*, t. II, n° 830.

<sup>2</sup> *Cours de Code Napoléon*, t. XXI, (*Traité des Donations entre vifs et des testaments*, t. IV), n° 11 bis.

<sup>3</sup> *Ibid.*, t. XIII (*Successions*, t. 1<sup>er</sup>), n° 215.

atteinte. Il est bien entendu que l'exclusion ne peut s'appliquer qu'à la portion disponible des successions directes ou aux successions collatérales, pour lesquels il n'y a pas de réserve.

C'est donc commettre une confusion que de conclure de la suppression des anciennes *exhérédations* à l'illégalité des *exclusions* dont nous parlons ici. Il n'est plus question de priver quelqu'un de sa réserve ou de sa légitime, mais seulement de dire si la dévolution de ce qui est disponible pourra se faire par voie d'exclusion, ou seulement par voie d'attribution.

Pour trancher la question, il convient donc de se dégager entièrement de la confusion signalée.

Je crois que le testateur n'a pas besoin de développer entièrement sa pensée; il trouve dans la loi « son testament présumé » auquel nous devons nous reporter, sauf les modifications qu'il y a faites. C'est ainsi qu'en se mariant les futurs époux peuvent se borner à établir quelque-unes des règles du régime qu'ils adoptent et se réfèrent pour tout le reste aux décisions contenues dans la loi sous la même rubrique.

L'exclusion des successibles naturels peut se présenter de trois façons différentes.

I. Quelquefois le testateur a prononcé contre eux une *exhérédation* générale. Si rien dans le texte du testament n'en vient contrarier les effets, cette condamnation en masse doit avoir pour résultat le retour des biens à l'Etat. L'exclusion a beau être prononcée en termes généraux, elle ne peut frapper que les successeurs ordinaires, c'est-à-dire les simples particuliers qui seraient pour le défunt des héritiers légitimes ou irréguliers. Quant à l'Etat, il n'est pas un successeur comme les autres : ce n'est pas une personne nouvelle qui remplace à la tête d'un patrimoine vacant la personne disparue. Les successions en deshérence lui appartiennent en vertu d'une longue tradition qui remonte au droit romain du temps d'Auguste. A cette époque la loi Julia, par une disposition dont les motifs nous sont inconnus, mais qui très probablement n'étaient autres que les besoins du Trésor, attribua au peuple les successions abandonnées. A une époque plus récente le *fiscus* se substitua ici à l'*ærarium*. Plus tard les auteurs coutumiers en firent un droit de la haute justice, toujours



en s'appuyant sur les textes du Digeste et du Code. De cette tradition ininterrompue, il résulte que les mots *biens vacants* dans les art. 539 et 713 doivent s'entendre avec le sens d'universalité comme en latin *bona* dans les expressions : *bona vacantia, bonorum possessio, bonorum venditio*. Par suite l'art. 539 doit se lire comme s'il y avait : « Tous les biens vacants et sans maître, c'est-à-dire les biens de ceux qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées... » — C'est en effet la seule application qu'on puisse signaler de ce droit de l'État. Les auteurs du Code ont donc méconnu deux fois l'origine et le sens de la disposition traditionnelle qu'ils maintenaient dans cet article quand ils ont voulu l'étendre d'abord à toutes les choses sans maître et la restreindre ensuite aux seuls immeubles, comme on le voit dans leurs travaux préparatoires.

L'attribution à l'État des successions en déshérence est une mesure de pur intérêt fiscal, mais qui s'impose aux particuliers comme toutes les règles de ce genre <sup>4</sup>.

Un testateur ne peut donc pas, en excluant tous ses héritiers et successeurs, priver l'État du droit que lui donnent les articles 539 et 713, et c'est une question oiseuse que de se demander en pareil cas si l'exclusion des héritiers doit s'entendre même de ce soi-disant successeur qui s'appelle l'État.

Le testateur ne pourrait pas non plus arriver au même résultat par un moyen détourné, en faisant de sa succession une sorte de patrimoine sans maître, dont les revenus recevraient une destination perpétuelle, tandis que la nue-propriété n'appartiendrait ni à l'État, ni à personne. Alors même que des mesures matérielles seraient prises pour en assurer le fonctionnement, le défaut de personnalité de cette espèce de fondation laisserait toujours place au droit de l'État.

On a vu en 1860 un exemple de cette combinaison étrange.

<sup>4</sup> Cette observation, si on l'admet, ruine le dilemme dont se sert M. Demolombe, pour démontrer la nullité d'une clause d'exclusion générale. L'État ne peut y être compris, et son droit subsiste malgré toute volonté contraire. D'ailleurs le second terme du dilemme de M. Demolombe, d'après lequel le *de cuius* chercherait vainement à réduire sa succession à l'état de déshérence, n'est qu'une pétition de principe (*Traité des successions*, t. 1<sup>er</sup>, n° 215).

Mais la Cour de Rennes a annulé le testament<sup>1</sup> et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi<sup>2</sup>. On lit dans les considérants de l'arrêt de rejet que le défunt avait cherché à mettre ses biens hors du commerce en instituant sous le nom de sa succession un établissement de mainmorte, chose contraire à la loi et à l'ordre public; d'où la Cour concluait que l'exclusion expresse des héritiers et l'exclusion implicite de l'Etat devaient être tenues pour non écrites et la succession déferée aux héritiers du sang.

II. L'exclusion prononcée par le défunt peut n'être que partielle, c'est-à-dire frapper quelques-uns seulement des successeurs. En ces termes elle doit profiter aux autres, soit aux parents du même degré s'il y en a, soit à ceux d'un rang plus éloigné.

Il pourrait être intéressant, par exemple au point de vue du rapport des dons ou des dettes, de rechercher à quel titre ceux-ci recueilleront les biens, et s'ils seront des héritiers légitimes ou des légataires.

La jurisprudence admet depuis longtemps que c'est une manière indirecte de disposer, et que l'exclusion des uns vaut institution implicite pour les autres<sup>3</sup>. L'art. 967 lui sert à tort d'argument : une personne peut, dit ce texte, disposer de ses biens sous toute dénomination propre à manifester sa volonté. Cela ne peut s'entendre que d'une qualification, autre qu'*institution* ou *legs*, employée dans une institution expresse. La Cour de cassation est même allée jusqu'à dire en 1814 que la révocation d'un testament antérieur sans disposition expresse des biens, vaut institution pour les héritiers légitimes, expressions qu'elle ne reproduirait probablement plus, car il est difficile d'admettre qu'il y ait succession testamentaire quand il n'y a pas de testament. J'inclinerais bien plutôt vers l'autre solution, en ne voyant dans l'exclusion que la mise à l'écart de certains héritiers, privés par le défunt de leurs droits héréditaires, ce qui rend à la vocation légale des autres toute sa plénitude : ils ne sont plus limités par

<sup>1</sup> Cour de Rennes, 27 février 1860, Sir., 60. II. 324.

<sup>2</sup> Cour de cassation, ch. civ., 17 novembre 1863, Sir., 64. I. 5.

<sup>3</sup> Cass. Req., 15 avril 1885, Sir., 1886. I. 453 et la note; Bordeaux, 26 août 1850, Sir., 1850. II. 598. Il y a d'autres arrêts plus anciens.

le concours des parents exclus, mais la nature de leur titre n'a pas changé; la succession reste pour eux légitime, et ne devient pas testamentaire.

Les effets de cette clause sont-ils modifiés lorsqu'elle s'adresse à des héritiers que le testateur n'a pas le droit de dépouiller entièrement, par exemple à ses fils? Quelquefois on en a nié alors l'efficacité. Ainsi M. de Raynal, par ses conclusions dans l'affaire de 1863 précitée, soutenait que la formule d'exhérédation dirigée contre les enfants du testateur ne pouvait avoir pour effet de les réduire à leur légitime, parce que « ces héritiers nécessaires » sont saisis de plein droit du patrimoine héréditaire; la saisine « est totale; dès lors la succession leur est dévolue tout entière » à moins qu'un droit supérieur au leur ne vienne les dépouiller « d'une partie de cette succession. » Ce sont ses propres expressions; je ne relève pas la qualification d'*héritiers nécessaires* employée au rebours de son sens historique. Mais cet argument tiré de la saisine est sans valeur, car il s'agit non d'une possession provisoire, mais d'une attribution définitive de la propriété, avec laquelle la saisine ne doit pas être confondue.

Pour tout ce qui dépasse leur réserve, les enfants sont dans la même situation que les collatéraux : si la clause d'exclusion dirigée contre eux-ci vaut institution implicite au profit des successibles plus éloignés, il n'y a pas de motif pour que le même effet ne se produise pas contre les enfants pour la quotité disponible.

III. Enfin, et c'est ce qui arrive le plus souvent, l'exclusion totale ou partielle des héritiers est accompagnée de l'indication de ceux qui doivent recueillir à leur place les biens du défunt. Il y a alors institution formelle. Le défunt ne s'est pas borné à écarter ceux que la loi appelait; il en appelle d'autres; il a *disposé* de ses biens, comme le voulait M. Demolombe.

Il ne peut y avoir en ce cas de difficulté que si la disposition expresse faite par le défunt devient caduque par le prédécès du légataire universel, ou par sa répudiation, ou autrement. La clause d'exclusion doit-elle encore être maintenue, de manière à entraîner la dévolution de l'hérédité aux successibles non exclus, s'il en reste, ou à leur défaut à l'État? Ou bien faut-il la consi-

dérer comme la contre-partie de l'institution, les lier l'une à l'autre et les déclarer toutes deux ensemble sans effet, de manière à rendre leur vocation légitime aux héritiers du degré le plus proche? Or, cette difficulté est une pure question de fait : l'interprétation de la volonté du défunt.

La Cour de Lyon a donc pu décider que la succession appartiendrait aux héritiers du sang et non à l'État, le défunt ayant connu la caducité du legs plus d'un an avant son décès et n'ayant pas modifié son testament.

Antérieurement la Cour de cassation avait paru donner une portée absolue à la clause d'exclusion, et poser en principe qu'elle devait être maintenue, malgré la caducité de toutes les autres dispositions et l'absence de tout successeur. Cela résulte notamment des arrêts de 1869 et de 1885, mais ils ont été rendus dans des affaires où la volonté du défunt d'exhérer à tout événement certains de ses héritiers n'était pas mise en doute.

MARCEL PLANIOL.

### DES PROMESSES DE MARIAGE,

(Fin <sup>1</sup>.)

Par M. Léon GIRAUD, docteur en droit.

*Sommaire.*

III. — Après le Code civil.....	728
IV. — Conclusion.....	755

### III. — APRÈS LE CODE CIVIL.

C'est maintenant la jurisprudence et les auteurs agissant sous la direction du Code civil, que nous devons suivre; et déjà l'on sent que nous trouverons ici des péripéties et des divergences plus qu'à moitié expliquées.

Mais fixons une dernière fois d'une façon précise l'état dans lequel le Code laissait la question.

D'un côté le titre de LA FILIATION où se trouve l'article

<sup>1</sup> V. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouvelle série, tome XVII, 1888, page 633.

connu (art. 340) : « La recherche de la paternité est interdite. »

De l'autre, le titre DU MARIAGE qui était absolument muet sur les promesses de mariage, passées sous silence avec unanimité soit par le Code de procédure qui n'avait même pas un titre DES ACTIONS, soit par le Code pénal.

Qu'allait-il en résulter ?

Les auteurs récents, actuellement en vogue, ont beaucoup trop laissé de côté ce travail des esprits sur les données incertaines fournies par le Code et les hésitations que devait faire naître son silence en matière de fiançailles, silence pouvant être interprété comme une adhésion à l'ancien droit aussi bien que comme une scission avec lui, surtout en présence des travaux préparatoires exposés plus haut.

Aussi trouvons-nous la thèse de la validité des fiançailles soutenue fortement par des auteurs qui ont écrit peu après la confection du Code civil, et non des moins considérables <sup>4</sup>.

Leurs arguments de raison, on les connaît :

La chose est en elle-même morale puisqu'elle a un but moral ; loin de nuire à la liberté des mariages, elle l'assure. Le passé, et le passé le plus lointain l'a consacrée. Quant au silence du Code, il s'agit de suppléer à cette lacune par les principes généraux qui peuvent trouver ici leur application : principes contenus dans les art. 1142 et suivants : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire — qui a une cause juste et cela est acquis — se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur..... » Rien de plus simple. Et comment ces dommages-intérêts doivent-ils être arbitrés, les articles nous le disent aussi.

Plusieurs arrêts décident dans le même sens, et il est bon d'en citer les termes, d'autant plus qu'on ne va bientôt plus rencontrer un pareil langage. La théorie de l'ancien droit y est franchement admise, et elle nous serait tout entière révélée par ces documents à défaut d'autres.

Arrêt de la Cour de Trèves du 5 février 1808 :

« Considérant que le mariage n'est que l'accomplissement d'une

<sup>4</sup> Merlin dans son *Répertoire* aux mots *Peine contractuelle* et *Fiançailles*; Toullier tome VI, n<sup>os</sup> 293 et suiv.

promesse réciproque de célébrer le mariage d'après les formalités prescrites par la loi ; que cette convention préliminaire, qu'on l'appelle fiançailles ou promesses de mariage, *existe sous le Code civil aussi bien qu'elle existait sous les anciennes lois*, et doit produire les mêmes effets puisqu'elle forme un contrat synallagmatique obligatoire, qui contient l'engagement de faire et qui entre dès lors dans l'application de l'art. 1142 du dit Code, dont la disposition générale renferme la chose quoique le mot fiançailles ou promesses de mariages n'y soit pas nommément exprimée. »

Arrêt de la Cour de Nîmes du 6 août 1816 :

« Considérant que l'inexécution volontaire de toute promesse obligatoire donne matière à une action en dommages-intérêts : *Que le principe doit être surtout observé en matière de promesses de mariage*, où les infractions de cette nature ont pour l'ordinaire des conséquences plus fâcheuses..... » <sup>1</sup>.

Mais cela pouvait-il durer? Non. Cette jurisprudence se heurtait à une difficulté insurmontable : c'est que la femme se plaignant de rupture de promesses — et c'est presque toujours de ce côté que venait la plainte — ne pouvait pas faire valoir la principale raison de ses griefs et rencontrait une fin de non-recevoir tirée de l'art. 340, quand elle indiquait la naissance d'un enfant comme suite des relations et même comme preuve des relations.

On lui répondait : — Vous ne pouvez pas parler d'enfant, car ce serait rechercher la paternité ; en admettant qu'il y ait eu promesse de mariage, et nous l'admettons dans ce cas ou dans un autre, il n'en résulte pas du tout d'après la théorie du Code que ce soit au fiancé que soit dû l'enfant. Et encore moins pouvez-vous faire résulter la preuve des promesses non constatées, de la naissance même de l'enfant, comme cela avait lieu autrefois ; n'étant pas admise à établir ce premier fait, vous ne pouvez à plus forte raison en tirer la présomption d'un autre fait.

Sans doute on pouvait répliquer que cela était contraire à la réalité des choses et méconnaissait la nature ordinaire des relations sociales à un double point de vue :

1° En ce que l'on n'a pas l'habitude de promettre le mariage

<sup>1</sup> Dalloz, au mot *Mariage*, p. 179 en note.

à une jeune fille déjà perdue, que par conséquent ces promesses établies doivent comme dans l'ancien droit, en bonne raison, faire attribuer la paternité de l'enfant à celui qui les a faites, et qui est ainsi moralement démontré le seul auteur possible de la grossesse ; qu'ainsi la présomption qui lui attribue l'enfant est selon toutes les règles de droit et que la présomption opposée, par contre, les viole grossièrement ;

2<sup>o</sup> En ce que, dans le cas où la preuve directe de ces promesses n'est pas fournie, elle doit à l'inverse résulter comme dans l'ancien droit encore, en bonne raison, du fait de la paternité établi de quelque façon que ce soit ; puisque le mariage étant la situation normale de la femme et l'immense majorité d'entre elles étant faite pour la monogamie et s'y destinant ne doit pas être présumée s'être donnée à d'autres qu'à un futur mari ; qu'autrement ce serait supposer comme règle la polyandrie ; et qu'ainsi le fait de la maternité ne doit en principe s'expliquer que par l'assurance auparavant donnée d'une paternité correspondante <sup>1</sup>.

Sans doute, disons-nous, on pouvait répliquer tout cela à ceux qui invoquaient le Code et prendre celui-ci en flagrant délit d'opposition avec le cours ordinaire des choses et avec les axiômes juridiques constants, aujourd'hui comme hier. Mais qu'importait cette philosophie devant un texte ? Il y en avait un et il fallait l'appliquer, ce qui dispensait du reste. *Dura lex sed lex !*

Cette *dura lex* — elle dut être considérée bien souvent ainsi et mettre à l'épreuve la conscience des magistrats qui se décidèrent plus tard à la tourner, comme nous le verrons — cette *dura lex* est et était l'art. 340 qui défend d'attribuer un enfant à un homme malgré lui. Des contestations s'élevaient sur des promesses de mariage ; et, on le conçoit, dans les cas les plus graves et les plus marquants, la femme en même temps que des promesses alléguait l'existence d'un enfant qui en avait été la

<sup>1</sup> C'est l'idée exprimée par Fournel très nettement en ces termes, quand il justifie l'action en dommages-intérêts au profit de la fille-mère (*ibid.* ch. I). « Elle ne se plaint pas d'un outrage qu'elle a permis, elle ne demande pas la récompense de son inconduite, elle se plaint seulement d'une infidélité, d'un manque de parole, enfin de l'inexécution d'un contrat. »

suite; ou bien à l'inverse invoquait des promesses pour faire admettre la recherche de paternité, s'autorisant d'engagements pris pour établir la relation de parenté. Or il est évident que l'art. 340 résistait de toutes les façons à sa prétention; les dommages-intérêts ne pouvant qu'être la suite d'une paternité ou de relations qui devaient légalement rester dans l'ombre, n'avaient aucune base, alors même que des promesses étaient prouvées, et encore bien moins quand ces promesses ne l'étaient pas et qu'on aurait voulu les faire découler d'une paternité elle-même demeurée dans le domaine des mystères.

L'art. 340 était toujours là, ne permettant l'*affiliation* que dans un seul cas, celui d'enlèvement. La femme qui se plaint avait-elle été enlevée? Non <sup>1</sup>. Alors il est bien certain que nous ne devons pas faire brèche au principe posé avec autant d'étendue que d'énergie.

Et ainsi la femme était repoussée invariablement, au moins dans les occasions qui valaient la peine d'être notées et dans ses griefs qui valaient une instance, griefs portant sur son honneur flétri et son enfant délaissé; car nous ne supposons pas qu'on ait jamais pris bien au sérieux les dommages-intérêts pour temps perdu, dépenses faites et même cadeaux donnés dans les négociations de mariages. Assurément, si ce sont là des considérations à faire valoir à l'École, ce n'est pas de ces minuties que retentissent les tribunaux et que s'alimentent les débats judiciaires. Et les procès retentissants ne manquèrent pas <sup>2</sup>. Or dans tous c'est bien l'enfant qui était en jeu, et avec l'enfant, la femme atteinte dans son avenir; et dans tous — jusqu'en 1845 — les tribunaux liés par l'art. 340 opposèrent une fin de non-recevoir aux promesses de mariage qui de plus en plus durent apparaître dans le public ce qu'elles avaient pu sembler être déjà dès les premières années du siècle, une mystification ou une puérité.

<sup>1</sup> Cette hypothèse tient si peu de place dans la pratique qu'il était vraiment superflu de la prévoir, surtout avec le laconisme usité ailleurs.

<sup>2</sup> Affaires *Desforges*, *Gallard*, *Maton* (Cour de cassation); plus près de nous, affaires *Louise Laperrine* (Bordeaux); *Brigitte Beauvain* (Dijon); *Élise Lehman* (Colmar); *Mazuchelli* (Aix); *Marie Huteaux* (Caen), etc. Nous allons du reste aborder les espèces.



Sans doute cet art. 340, qui était bien le nœud de la difficulté, était le point de mire des attaques dans les instances en dommages-intérêts, ce qui montre encore la vérité de notre point de vue; et tout en le respectant en apparence, il le fallait bien! — on tentait d'en tirer ce qui n'y était pas pour arriver à donner satisfaction aux filles-mères. On parlait de *séduction* pour tenter d'assimiler la séduction au rapt et voir dans la première une sorte de violence morale, comme il y a dans le second une violence physique <sup>1</sup>. Mais c'étaient là ressources d'avocat aux abois, ou bien, de la part des juges, expédient pour trouver un biais à une situation sans issue. Il était trop certain qu'il n'y avait pas eu l'ombre d'une confusion pour les rédacteurs du Code civil entre le rapt proprement dit, et la séduction résultant d'un entraînement moral, quelle qu'en soit du reste la cause <sup>2</sup>. On pouvait donc en toute liberté parler de filles *séduites* par les promesses de mariage, leur cause n'en était pas améliorée; elles n'étaient pas plus à écouter quand elles avaient été le jouet d'une manœuvre dolosive que lorsqu'elles avaient été victimes d'une complète inexpérience résultant de leur âge, ou d'une pression résultant de la misère.

Bref, on vit disparaître du rôle des audiences tous les procès en dommages-intérêts pour cause de séduction, promesses de mariage, grossesse; à tel point que de 1804 à 1845, époque à laquelle un revirement se fit, les recueils en signalent à peine quelque-uns, et encore n'allaient-ils pas en cassation.

<sup>1</sup> Le terme employé dans l'ancien droit de *rapt de séduction*, prêtait à l'abus de langage : mais ce rapt de séduction se référait à un tout autre ordre d'idées, il s'agissait d'un mariage contracté par un mineur sans le consentement de ses parents, on en traitait comme d'un empêchement au mariage et rien de plus (Pothier, *ibid.*, n° 228).

<sup>2</sup> (Fenet, *Trav. prépar.*, t. X, p. 74 et 75). M. Boulay : « Si l'on croit que les exceptions à l'art. 340 soient nécessaires, il faut du moins les faire résulter de faits clairs et simples, tels par exemple que le rapt »; et, prévoyant le cas d'une fille qui aurait succombé à la séduction, il dit : « Si on donne une si grande latitude aux exceptions, on anéantit la règle elle-même, car il existera peu de cas où elle puisse avoir son application. — M. Tronchet parle dans le même sens : « Faut-il modifier la règle par des exceptions? Oui sans doute, mais seulement lorsqu'il y a viol ou rapt, car on affaiblirait trop le principe et on donnerait trop à l'arbitraire des juges, si l'on se bornait à dire généralement qu'il doit être modifié pour des cas graves. »

Cette jurisprudence parut à la longue engendrer une singulière moralité publique et privée. A mesure qu'on avançait, on s'apercevait de la hardiesse des affirmations du tribun Lahary, disant, lors des travaux préparatoires, que les mœurs s'amélioreraient avec une loi qui décharge l'homme de toute responsabilité.

Les enfants naturels étaient de plus en plus nombreux, ou du moins ils naissaient en plus grand nombre, en si grand nombre qu'on avait renoncé à s'en occuper pour les secourir ; car, chose singulière ! c'est quand ces naissances vont toujours progressant que les tours destinés à soulager ces misères sont supprimées graduellement, de sorte qu'on pourrait établir un tableau où les lignes consacrées aux enfants illégitimes grandiraient comme celles représentant leurs refuges diminueraient <sup>1</sup>. C'était peut-être la meilleure démonstration de l'impossibilité du système inauguré ou consacré en 1804, et de la chimère de l'éducation par l'Etat qu'on avait prétendu instituer et à laquelle on aboutissait fatalement.

Coucurrentement avec ce résultat, les juges durent être frappés de certaines situations dénotant un abaissement de la bonne foi générale et de la loyauté la plus élémentaire, quand des promesses de mariage se présentaient avec un caractère absolu de certitude et dans des conditions d'inviolabilité particulières. Et ils s'arrêtaient devant le Code comme devant un défi au bon sens et une moquerie à l'honneur. Il apparut alors que les rapports entre les deux sexes ne sont pas aussi simples que l'officier de l'état civil puisse suffire à tout sans tenir compte de ce qui précède ou de ce qui s'est passé en dehors. L'entraînement de la passion lui-même, indépendamment du bas âge de la personne séduite ou de la pression morale, résultant des circonstances, exercée sur elle ; cet entraînement était un élément avec lequel le législateur devait compter, et non pas une quantité négligeable. Car la passion ne peut pas se supprimer dans la vie, à moins de fonder un couvent de moines ; et c'est un foyer que la société n'a aucun intérêt à éteindre complètement — surtout dans un siècle positif où elle n'abonde pas. Or, méconnaître à l'avance les promesses de mariage avec leurs suites possibles, n'était-ce

<sup>1</sup> J'ai ailleurs établi ce point, article de la *Revue critique* déjà cité.

pas compromettre cet élément passionnel dans sa manifestation la plus morale, la plus digne de faveur ? Et ce n'est pas quand les mariages d'argent tiennent déjà tant de place, qu'on pourrait songer à jeter l'anathème à ce qui peut seul contrebalancer cette influence.

Voilà devant quelles difficultés se sont trouvés les juges.

Comment les ont-ils résolues avec une loi qui les avait créées en grande partie et dont ils étaient les interprètes ? Jusqu'à quel point en ont-ils tenu compte ?

On le pressent d'avance : ils ont dû tourmenter les textes et mettre la logique à une rude épreuve, tout en arrivant à un petit résultat, une jurisprudence toujours arbitraire, toujours contestée et encore toujours insuffisante dans le chiffre des réparations prononcées pour ne pas mettre trop d'écart avec le prescrit de la loi, comme par les réserves doctrinales que leur imposait son esprit ; car ils ne pouvaient s'affranchir du point de départ, sans se substituer complètement au texte.

Nous allons trouver ces divers points mis en lumière dans le premier arrêt qui inaugure la nouvelle jurisprudence et qui est généralement considéré comme celui auquel on peut rattacher un assez grand nombre de décisions qui n'ont fait que développer sa théorie.

Le fait est assez important pour que nous donnions les détails — d'autant plus qu'on aura ainsi une idée des autres arrêts prononcés dans des circonstances analogues. Nous allons voir (pour la première fois, croyons-nous) l'idée de quasi-délit posée à propos de la violation des promesses de mariage qu'on se refuse, bien entendu, à qualifier de valables, mais qu'on arrive à sanctionner plus ou moins par un détour ; en même temps, la première brèche au principe de l'interdiction de la recherche de paternité sera pratiquée : système, qui très douteux pour le premier terme du raisonnement, n'est pas même spécieux pour le second. Et ainsi des dommages-intérêts seront alloués à la fille-mère, avec une parcimonie remarquable du reste comme si l'on voulait en même temps dire oui et non, et tourner la loi aussi peu que possible.

Voici le jugement qu'avait rendu le tribunal de Castel-Sarrazin et qui nous met au courant des faits de la cause :

« Attendu en droit que, si l'art. 1142 du Code civil porte que l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, ce principe n'est applicable qu'aux cas ordinaires, mais ne saurait s'étendre à l'inexécution d'une promesse de mariage <sup>1</sup>...;

« Attendu que non seulement la fille B... a été délaissée par le sieur L... après que celui-ci eut promis de l'épouser, mais que *cette fille a été, par suite des fréquentations assidues du sieur L... rendue mère*, et par ce seul fait a éprouvé un dommage dans son honneur par le refus obstiné de le réparer ;

« Attendu que l'art. 1382 est ici applicable ; attendu qu'il ne s'agit pas de la question d'état de l'enfant dont est accouchée la fille B..., mais seulement du préjudice dont L... s'est reconnu l'auteur ;

« Par ces motifs,

« Condamne L... à payer 3.000 francs de dommages-intérêts. »

Ainsi la thèse du tribunal, qui sur appel formé par le sieur L... fut confirmée par adoption de motifs, est celle-ci :

1<sup>o</sup> Idée vague de préjudice ou dommage causé, lequel préjudice ou dommage ne provient pas de l'inexécution d'une convention, mais bien d'un quasi-délit dont l'idée est aussi vague quoique certaine, puisque l'art. 1382 situé au code sous la rubrique DES DÉLITS ET QUASI-DÉLITS est invoqué.

2<sup>o</sup> A la faveur de cette idée de préjudice, condamnation du sieur L... non pas comme père, non pas pour décider la *question d'état de l'enfant dont est accouchée la fille B...* MAIS *parce que le sieur L... a rendu mère cette fille B...* (Nous laissons de côté pour le moment le chiffre des dommages-intérêts alloués.)

Ne commentons pas cette décision qui, dans la seconde partie, fait déjà songer à la critique de Marcadé à propos de décisions semblables : « De pareilles idées ne se discutent pas » <sup>2</sup> et

<sup>1</sup> Le jugement ajoute ici « ... Si d'ailleurs il n'y avait aucun préjudice causé. » Mais cela ne peut guère se comprendre, puisque même pour une convention inexécutée il faut un dommage pour qu'il y ait lieu à une réparation ; l'incidente finale nous paraît donc jetée sans réflexion et n'avoir pas de portée précise.

<sup>2</sup> *Revue critique*, t. III, p. 205.

voions ce qu'en pense la Cour de cassation; c'est ici que se place l'arrêt célèbre du 24 mars 1845 rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel.

« La Cour,

« Attendu qu'il ne s'agissait pas devant la Cour de rechercher quel était le père l'enfant dont la demoiselle B... est accouchée; que *l'enfant étranger au débat* ne peut en aucune façon ni souffrir ni profiter de la décision intervenue; que l'unique question est celle du préjudice causé à la demoiselle B... par le sieur L...;

« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt que *le sieur L... a abandonné la fille B... après l'avoir séduite*; qu'il est *la seule et unique cause du dommage qu'elle éprouve*; que c'est avec raison que l'arrêt attaqué a fait application de l'art. 1382 du Code civil.

« Par ces motifs,

« Rejette. »

Ainsi la Cour de cassation adopte entièrement la thèse du tribunal et de la Cour d'appel. C'est toujours l'art. 1382 qui est invoqué et par conséquent l'idée d'un quasi-délit pour aboutir à des dommages-intérêts. Et pour mettre hors du débat l'art. 340 vraiment embarrassant, c'est toujours la même distinction d'un homme qui n'est pas recherché comme père, qui n'est pas déclaré être le père et qui cependant est la cause seule et unique de la grossesse. Et ce n'est pas de l'enfant qu'il s'agit, ce n'est pas la question de l'enfant qui est agitée et résolue, — quoiqu'aux yeux du lecteur non prévenu, il n'y ait pas autre chose sur le tapis que cela.

Donc la décision de la Cour de cassation, pour nous borner plus particulièrement à elle maintenant, contient dans la forme deux parties : l'une mettant à profit l'art. 1382 dans le but d'en dégager une idée de dommage assez indéterminée pour en faire l'application au cas spécial sans paraître heurter de front l'art. 340; et l'autre admettant le dommage causé, dans cet esprit, mettant l'enfant hors de cause coûte que coûte. La première de ces données, quoique occupant les dernières lignes de l'arrêt, est donc l'antécédent logique dans la genèse de la curieuse décision élaborée par la Cour de cassation. Ce n'est qu'à la faveur d'une idée obscure de la nature du dommage causé qu'on a pu

se faire illusion et prétendre faire illusion sur la cause même de ce dommage. Les choses embrouillées une première fois prépareraient une seconde équivoque.

Il est clair que la question simple de paternité ou de non paternité se produisant à propos de relations illégitimes, n'aurait pas pu être obscurcie comme à plaisir, si on l'avait laissée posée dans ses termes vrais ; il est clair que l'auteur unique de la grossesse est le père de l'enfant, n'est-ce pas ? Et l'on a peine à comprendre que des formules analogues à celles que nous avons reproduites, impliquant à la fois le pour ou le contre, puissent être employées encore aujourd'hui.

Tâchons cependant de voir un peu clair dans ces expressions assez énigmatiques de la Cour de cassation (comme du tribunal) et de dégager la conception de ce dommage ou préjudice causé à la demoiselle B... qui serait distinct, à les entendre, de l'inexécution de la promesse de mariage et du refus de reconnaître l'enfant ; de cette réparation qui serait distincte de l'attribution de paternité. Pour la Cour de cassation — à moins qu'il n'y ait pas même sous ses affirmations une intention de pensée — il y aurait donc deux manières d'être père naturel, ou plutôt deux conséquences différentes de cette paternité établie. Dans une classe d'hypothèses, on serait tenu de tous les devoirs et de toutes les relations qui constituent la parenté naturelle, ce serait quand la reconnaissance a été volontaire ; dans une autre classe, on ne serait tenu que de réparer un dommage, — quel dommage ? on ne sait — mais enfin qui serait distinct des obligations de père naturel, moins étendu, moins considérable, si vous voulez.

Prise en soi, indépendamment des traditions comme de l'histoire du Code civil, cette distinction pourrait s'admettre. Au degré de certitude que présenterait la paternité naturelle, on proportionnerait les conséquences de cette paternité ; quand elle serait douteuse, dans certains cas, — dans tous les cas de reconnaissance involontaire pour ceux qui croient que la recherche est impraticable — il y aurait lieu à une condamnation plus faible, des aliments seulement pour l'enfant, par exemple, quelque chose aussi pour la mère...

Mais la difficulté est que nulle part on ne trouve trace de cette

double paternité, si nous pouvons dire, d'une dualité quelconque d'hypothèses qu'auraient prévue les rédacteurs du Code civil, et qui seule justifierait la donnée de la Cour de cassation<sup>1</sup>.

Toujours on parle d'une paternité une et indivisible. Et d'ailleurs, les dangers réels ou maginaires que présente la recherche et qui ont déterminé les rédacteurs du Code sont tout aussi grands quels que soient les effets de la constatation, et le scandale est le même. Des arrêts voisins de la rédaction du Code se sont chargés de faire justice de cette distinction divinatoire qui a bien pu être proposée — cela va de soi — par les parties en cause faisant dire au Code ce qu'il est de leur intérêt qu'il dise, mais qu'on s'étonne de voir consacrer par la Cour régulatrice.

En voici d'abord deux rendus quelque temps avant la promulgation de l'art. 340 sous l'empire de la loi de brumaire de l'an II, mais par conséquent dominés par la donnée qui est commune à ces deux dispositions législatives et qu'on peut saisir à sa source.

Arrêt de la Cour de cassation du 15 vendémiaire an VII :

« La Cour..., Attendu que l'action en dommages-intérêts de la mère de l'enfant né hors mariage et l'action en déclaration de paternité désavouée reposant sur le même fait indivisible (quel est l'auteur de la grossesse), il est évident que dans ce cas la recherche de la paternité à l'égard de l'enfant né hors mariage n'est pas permise et l'action de la mère en dommages-intérêts est interdite.

« Par ces motifs, casse. »

De la même, du 3 ventose an X :

« La Cour..., Considérant que la distinction entre l'action relative aux aliments et celle qui a pour but la recherche de la paternité, ne peut être admise; que la paternité est indivisible, et que cette paternité est le seul titre de l'enfant naturel pour réclamer des aliments;

<sup>1</sup> La partie finale de l'art. 340 qui réserve un seul cas pour l'ouverture d'une action au profit de la fille-mère, parle du ravisseur *déclaré père de l'enfant*; cela montre bien sous quelle préoccupation a été rédigé l'article tout entier, c'est que, comme le disait Cambacérés (Fenet, t. X, p. 75), « il y aurait contradiction à ne pas regarder comme père de l'enfant, et à ne pas soumettre aux charges que cette qualité donne, celui qu'on soumet en cette même qualité, à des dommages et intérêts. »

« Qu'en autorisant la procédure qui tend à la recherche de la paternité et à une preuve de paternité non avouée, le tribunal a excédé ses pouvoirs et violé la loi du 11 brumaire an II ;

« Par ces motifs, casse <sup>1</sup>. »

Voici maintenant une décision postérieure à la promulgation du Code, calquée sur la précédente, également de la Cour suprême :  
Du 26 mars 1806 :

« La Cour..., Attendu que toute recherche de paternité est abolie, non seulement par rapport aux droits successifs mais encore relativement aux aliments pour l'enfant, aux frais de gésine et aux dommages-intérêts pour la mère, par la raison que *la paternité étant indivisible, un homme ne peut être père pour un cas et ne pas l'être pour un autre cas*; qu'en condamnant le sieur Marthe à des dommages-intérêts et aux frais de gésine le tribunal a commis un excès de pouvoir et violé l'article 340... »

Et en effet il ne pouvait entrer dans l'intention des rédacteurs du Code de diviser ou de dédoubler la paternité à ce point de vue, de la tenir pour établie jusque-là seulement et de n'en pas tenir compte pour le surplus. Les précédents étaient trop contraires à cette idée, en résolvant la question d'une façon simple et sans équivoque possible; et justement c'est contre eux que le Code prétendait réagir, à tort ou à raison, en prenant la contrepartie pour solution et sous l'empire de considérations, nous le répétons, qui n'admettaient pas de concessions ou de demi-mesures.

Dans l'ancien droit, l'enfant dont le père était connu et qui était né à la suite de promesses de mariage établies directement ou indirectement (car on les présumait en règle, à défaut de preuve directe), cet enfant profitait de l'application des principes sur l'inexécution des engagements ordinaires; la condamnation qui intervenait alors n'exigeait pas la prestation en nature de la chose censée promise, ou la célébration du mariage, puisque l'obliga-

<sup>1</sup> Arrêts cités par Merlin dans son *Répertoire*, au mot *Fornication*, § 2. Dans le second la Cour était présidée, détail digne d'être noté, par Maleville, un des quatre rédacteurs du Code civil, dont les travaux préparatoires étaient à cette époque (1802) très avancés.



tion de faire, alors comme aujourd'hui, se résolvait en des dommages-intérêts; mais elle fournissait autant que possible à la partie lésée l'équivalent de la chose promise, une dot pour que la femme pût se marier, la subsistance de l'enfant, comme l'explique très bien Fournel <sup>1</sup>. La paternité certes était admise sans restriction, comme le devoir de réparation envers la femme, chez celui qui avait été un futur mari et avait agi comme tel.

Où trouver là, je le demande, la trace d'un quasi-délit, à la faveur duquel la conception d'un dommage plus ou moins arbitrairement apprécié pourrait se faire jour? La convention positive ou sous-entendue sur laquelle reposait la condamnation judiciaire est tout ce qu'il y a de plus opposé à un délit ou à un quasi-délit — donnée que nous allons discuter du reste en elle-même. Et pour faire réapparaître en quoi que ce soit l'ancien droit avec son recours au profit de la femme, au moyen d'une entorse plus ou moins voilée à la loi, il faut se rattacher à la donnée d'une convention qui ne comporte pas une paternité réduite et encore bien moins la mise à l'écart de *la question d'état*, comme le dit le tribunal de Castel-Sarrazin, la mise à l'écart de *l'intérêt de l'enfant* comme l'affirme encore la Cour de cassation.

Quant à cette idée de quasi-délit qui est invoquée dans nos décisions par l'allusion à l'art. 1382, sinon expressément, du moins clairement, et qui du reste est affirmée à maintes reprises dans les termes les plus formels; quant à cette idée prise en elle-même, nous croyons qu'elle ne se soutient pas, car elle va contre les principes les mieux établis en matière de quasi-délits. Pour qu'il y ait délit ou quasi-délit, il faut qu'on n'agisse pas dans l'exercice de son droit; en d'autres termes, quand on est dans son droit on ne blesse pas celui du voisin : c'est là une vérité, pour ainsi dire d'évidence, qu'on formulait déjà en droit romain en disant : *neminem ledit qui suo jure utitur*. Or comment outrepasserait-il son droit, comment n'userait-il pas de son droit celui qui recherchant une fille l'abandonne après lui avoir promis le mariage — si, au préalable, cette promesse n'est pas

<sup>1</sup> Aussi dit-il formellement (*ibid.*, ch. 1) : « Les dommages-intérêts au profit de la mère et la condamnation d'aliments pour l'enfant ne sont qu'un accessoire de la paternité. »

valable, est déclarée inexistante? Le tort de l'infidèle ne dépend-il pas absolument de la valeur juridique de l'engagement pris? Son tort ne cesse-t-il pas aussitôt que l'engagement disparaît? Et en effet, où serait autrement sa base, sinon dans une convention expresse ou tacite?... Tous les raisonnements, toutes les circonlocutions des arrêts ne peuvent arriver à dissimuler ce fait primordial d'un engagement exprès ou tacite de réaliser le mariage, qui est la condition *sine qua non* de la culpabilité en cas d'abandon et par conséquent la racine de toute condamnation judiciaire de ce chef.

C'est en vain qu'ils disent comme le premier jugement que nous avons cité :

« Que l'art. 1142 ne saurait s'étendre à l'inexécution d'une promesse de mariage... que c'est au contraire l'art. 1382 qui est applicable. »

Ou comme un arrêt de la Cour de cassation du 29 juillet 1864 : « que la séduction peut être considérée comme un quasi-délit susceptible de servir de base à une action en dommages-intérêts. »

Ou comme un jugement du tribunal du Puy du 29 janvier 1869 : « que la promesse, quoique nulle en elle-même, peut dans certains cas occasionner un dommage à autrui et devenir la cause d'une action utile en réparation de ce dommage, *parce que l'action ne naît pas alors de la validité de la promesse, mais de l'obligation générale imposée à celui qui fait le mal de le réparer.* »

Il faudrait démontrer qu'on nuit à quelqu'un en lui promettant le mariage, et par cela seul; et on ne le fera jamais! On dira peut-être que par le fait de promettre le mariage on s'engage à tenir une conduite déterminée, de laquelle, si l'on s'écarte, on commet une faute qui vous rend responsable. Mais c'est précisément là l'inexécution de la convention, la faute contractuelle dans sa notion élémentaire et irréductible.

Encore une fois, celui qui, libre de tout engagement envers une fille, la recherche de quelque façon que ce soit et par quelque procédé que ce soit, puis cesse ses assiduités sans qu'on soit fondé à lui opposer une promesse de sa part, peut répondre : « J'ai agi dans la plénitude de mon droit. De quel titre me poursuivrez-vous et me condamnez-vous? »

Et à moins d'adopter une nouvelle théorie sur les quasi-délits, qui serait la confusion de toutes les idées reçues, il n'y a pour justifier les condamnations au profit des filles-mères que la donnée de l'ancien droit.

La jurisprudence n'a pas été plus heureuse dans l'élaboration de la théorie des quasi-délits entre fiancés, que dans ses suppositions d'une paternité divisible : preuve nouvelle qu'elle avait à évoluer sur un terrain mauvais en législation.

Peut-elle se justifier davantage quand la jeune fille présente un engagement écrit, émané de l'amant, de payer une telle somme et qu'ainsi la question paraît changer de face, toute recherche, toute demande proprement dite étant inutile, et ne s'agissant plus que de mettre à exécution un engagement pris à peu près dans les conditions ordinaires ?

C'est ici que les arrêts offrent le plus de confusion : confusion tenant en partie à l'incertitude des principes juridiques un peu en dehors de la matière, ceux relatifs aux obligations dites *naturelles*.

Toutefois il importe de distinguer ici deux ordres d'hypothèses : ou l'engagement de subvenir aux besoins de l'enfant (et de la mère accessoirement) a été pris dans un acte authentique ; ou il l'a été dans un acte sous seing privé.

Dans le premier cas les relations de paternité ressortent d'un acte qui a les conditions exigées par les art. 334 et suivants du Code civil ; la *reconnaissance* satisfait au prescrit de la loi, ou du moins on peut induire cette reconnaissance sans une interprétation trop forcée et la condition essentielle de forme étant remplie.

Dans le second cas, au contraire, impossible de trouver directement ou par induction, dans cet écrit sous-seing privé, une reconnaissance valable en elle-même, à cause du défaut d'authenticité.

Et alors se pose la question subsidiaire de savoir quelle est la valeur de cet engagement en lui-même, indépendamment de toute idée de recherche ou de reconnaissance positive.

Ici, disons-nous, les notions sont fort obscures, et la doctrine très divisée ; les uns appliquant rigoureusement la maxime que tout engagement doit avoir une cause (art. 1131) et se refusant à voir une cause quelconque dans une paternité prétendue qui

est déniée par l'auteur lui-même — il faut supposer cette dénégation pour qu'il y ait lieu à un débat et à une difficulté — ; et d'ailleurs, l'acte ne pouvant pas valoir à titre de donation, parce qu'il y manque l'authenticité, cette formalité sacramentelle de toute donation.

Les autres invoquant certaines maximes sur les obligations naturelles (obligations elles-mêmes fort peu définies par le Code) qui pourraient être reconnues par un acte quelconque ou prendre une force exécutoire par un aveu quelconque de celui qui est obligé naturellement, aveu devant être tenu pour irrévocable.

Ce sont là des débats peut-être sans issue : les jurisconsultes pourront discuter longtemps encore. Mais ce n'est pas sur de pareilles arguties, sur une science si peu sûre d'elle-même qu'on peut fonder un *modus vivendi* acceptable pour des faits de tous les jours, pour des questions aussi vivantes que celles que comportent les rapports des deux sexes. Aussi ne retiendrons-nous des controverses que nous venons d'esquisser, que l'embarras de la jurisprudence à pouvoir s'entendre avec elle-même, en le prouvant par quelques citations.

Qu'on essaie en effet de faire la conciliation entre les deux premiers arrêts que nous allons citer et les deux derniers.

A. — De la cour de Bordeaux du 5 janvier 1848 :

« Attendu que C... a pris l'engagement, dans des lettres adressées à la fille M..., de payer une pension à son enfant le jeune Louis Stanislas, ... Par ces motifs condamne C... à payer. »

De la Cour de Colmar du 31 décembre 1863 :

« Considérant que les griefs de la demanderesse se trouvent parfaitement justifiés par une correspondance non interrompue de 1851 à 1859, dans laquelle le sieur C... s'est engagé à payer les frais d'accouchement et d'entretien de l'enfant... »

B. — De la Cour d'Aix du 14 juillet 1853 :

« Considérant que cette demande est fondée sur la lettre du 3 avril 1850, adressée par M... à la demoiselle B... ; Considérant que M... dans cette lettre se reconnaît le père de l'enfant dont la fille B... vient d'accoucher, mais que cette reconnaissance n'étant pas authentique, il s'agit de savoir si elle peut servir de fondement à la demande d'une pension alimentaire contre celui qui l'a souscrite ;

« Considérant qu'il résulte de l'art. 334 du Code civil qu'une reconnaissance sous-seing privé ne porte pas assez l'empreinte d'une volonté libre et réfléchie pour faire preuve de la paternité... que s'il est vrai que l'obligation de fournir des aliments à l'enfant naturel dérive non de la loi civile mais de la nature, il est incontestable que la loi civile a le droit de déterminer la forme des preuves desquelles dépend l'exécution de cette obligation; qu'il suit de là que la reconnaissance contenue dans la lettre ne peut motiver une condamnation de M... à fournir des aliments à l'enfant de la fille B...

« Par ces motifs, infirme le jugement dont est appel. »

De la Cour de Caen du 3 juillet 1875 :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 340 du Code civil la recherche de la paternité est interdite, et que suivant l'art. 334 du même Code la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut résulter que d'un acte authentique;... que dès lors Esther Huteaux, qui n'a en sa faveur aucune reconnaissance de cette nature, n'est recevable ni à établir que Paul Vauthier était son père, ni à réclamer le bénéfice de cette filiation;...

« Attendu que des deux lettres présentées par le réclamant il résulte que Paul Vauthier se croyait le père de l'enfant dont Marie Huteaux était accouchée le 30 novembre 1864, et avec laquelle il continuait de vivre maritalement; mais qu'il n'a pris ni envers Marie Huteaux, ni envers la fille de celle-ci aucun engagement formel et irrévocable pouvant être opposé à ses héritiers... » —

Se contredire à ce point, c'est certainement échouer, c'est ne rien édifier. La base manque à la jurisprudence, même dans les hypothèses où on croirait pouvoir s'y raccrocher, qu'on nous passe le mot, comme tout à l'heure dans la donnée du quasi-délit.

Là elle échappait absolument, ici elle vacille; la consistance fait également défaut partout.

Serait-ce suffisant pour montrer qu'elle ne peut suffire à remplacer la loi ou à la compléter, comme l'a prétendu M. Cazot ministre de la justice en 1883, dans la discussion du projet de M. Béranger relatif à l'art. 340? Il nous semble que oui. Et

quoiqu'on lise couramment dans les auteurs ou dans les arrêts ces affirmations :

« En principe l'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsqu'il est certain que cette promesse a été employée comme moyen de séduction sur une jeune fille dont la grossesse est l'œuvre de l'auteur de cette promesse <sup>1</sup>... »

Et encore :

« Spécialement les tribunaux peuvent accorder des dommages-intérêts à la fille délaissée, lorsque dans des lettres à elle adressées, l'auteur de la promesse de mariage a reconnu qu'il n'a triomphé de sa résistance qu'en lui promettant de l'épouser, et s'est engagé à réparer la faute <sup>2</sup>... »

Quoiqu'on trouve ces affirmations posées en principe, il n'est pas moins vrai qu'elles sont l'expression d'opinions individuelles, combattues par des affirmations diamétralement opposées. Nous avons vu les filles-mères laissées absolument sans secours jusqu'en 1845 <sup>3</sup>; la plus parfaite incohérence régner depuis cette époque, avec des fluctuations qui se reproduiront inévitablement jusqu'à ce qu'une réforme fondamentale ait rendu l'équilibre à la jurisprudence en lui permettant, par l'abolition de l'art. 340, d'atteindre correctement le but de moralité et de justice qu'elle poursuit à travers des tergiversations sans nombre, pénibles à constater pour le jurisconsulte comme pour le philosophe.

Donnons seulement quelques exemples de ces décisions qui résistent au mouvement inauguré par l'arrêt de la Cour de cassation de 1845; on verra que s'il est suivi par les uns, il est très franchement répudié par les autres.

Jugement du tribunal de Savenay du 26 juillet 1864 (confirmé par la Cour de Rennes le 16 avril 1866) :

« Attendu... qu'en admettant que les faits articulés par la

<sup>1</sup> Termes d'un arrêt de la cour de Bordeaux du 29 novembre 1852. *Dalloz*, 56, 2, 23.

<sup>2</sup> Suite du même arrêt.

<sup>3</sup> C'est là ce que constatent aussi MM. Coulet et Vannols (dans leur étude sur la *Recherche de la paternité*), qui en outre voient en 1854 le point de départ d'une réaction contre la jurisprudence inaugurée en 1845, mais tout en donnant même depuis cette époque des arrêts dans tous les sens.

filles D... soient de telle nature que, s'ils étaient établis, il en résulterait nécessairement la démonstration que l'enfant dont elle est accouchée serait issu des œuvres de R... la paternité de celui-ci se trouverait ainsi juridiquement constatée d'une façon indirecte et par voie de conséquence, au mépris de la disposition formelle de l'art. 340 du Code civil;

« Attendu que l'art. 340 ne distingue pas le cas où la paternité est recherchée comme objet principal et celui où elle fait seulement l'objet secondaire d'une action en dommages-intérêts.

« Par ces motifs, déclare la demoiselle D... non recevable. »

Arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1866 :

« La Cour... attendu que les considérations d'ordre public qui ont fait interdire la recherche de la paternité s'appliquent également à la preuve qui serait offerte d'une paternité possible ou présumée, que l'on ne saurait admettre qu'à l'aide d'une distinction qui ne serait qu'un moyen d'é luder une prohibition expresse de la loi, cette preuve puisse être tantôt permise et tantôt défendue lorsqu'il s'agirait de faits de même nature, d'une action et de débats qui entraîneraient des scandales et des dangers qui ont fait interdire la recherche de la paternité.

« Par ces motifs, infirme... »

Et l'embarras inextricable de la jurisprudence n'apparaît-il pas dans cet arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 1864, souvent commenté, par lequel l'interprétation des lois a été proclamée un pur jeu de mots où la forme doit l'emporter sur le fond considéré comme un élément absolument négligeable ?

« Attendu que l'arrêt attaqué, loin d'autoriser la recherche de la paternité, a déclaré formellement au contraire que cette recherche serait positivement prohibée par la loi, qu'il n'a fondé la condamnation prononcée que sur le préjudice causé à la fille C... et sur l'engagement par lui pris de le réparer; que considérant cette cause d'obligation comme fondée sur l'art. 1382, il a déclaré qu'on ne devait pas la rechercher dans des suppositions qui la rendraient nulle et contraire aux lois et aux bonnes mœurs; d'où il suit que le dit arrêt n'a violé ni les art. 334, 335, 340, C. civ., ni aucune autre loi... »

M. Marcadé <sup>1</sup>, dans un moment de pitié pour les filles-mères, avait émis une théorie qui se qualifie d'elle-même, quand il disait : « La seule précaution à prendre sera de laisser ici passer les faits sans leur donner leur qualification propre, d'admettre la chose, en écartant les mots. » Il ne se croyait pas peut-être appelé à un aussi grand succès. Ainsi les mots à la place des choses, ce serait le dernier mot de la Cour de cassation : l'équivoque érigée en principe.

Et n'avons-nous pas vu la même Cour (celle de Caen) se déjuger à quelques jours d'intervalles sous le poids de cette équivoque, comme pour démontrer aux plus optimistes l'impossibilité de la situation, et décidant le 10 juin 1850 dans un sens complètement opposé à ce qu'elle avait jugé le 24 avril de la même année (Dalloz, 1855. 2. 178) <sup>2</sup>?

Jusqu'à là il est vraiment bizarre d'affirmer, comme M. Cazot l'a fait pour empêcher une réforme demandée, que la loi est parachevée et élucidée par la jurisprudence dans un sens qui suffit à tous les desiderata; quand il y a en présence 2, 3 ou 4 jurisprudences. Jamais on n'a pensé que la confusion des langues fut un instrument d'apaisement et de progrès <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Revue critique*, t. III, p. 205.

<sup>2</sup> V. Dalloz, 1855. 2. 178. Le revirement (il s'était fait dans un sens favorable à la fille-mère), eut lieu en partie sous l'inspiration de M. Demolombe qui avait consigné ses observations dans le Recueil des arrêts de la Cour de Caen, t. XIV, p. 586. Si l'on consulte ces observations, et en joignant ce que dit le même auteur dans son traité de *La paternité*, on reconnaîtra difficilement la sûreté de doctrine et la lucidité ordinaire de l'éminent jurisconsulte.

<sup>3</sup> En dernier lieu on peut consulter Douai, 20 juin 1887 et Toulouse 5 mars 1888 qui admettent tous deux la thèse des dommages intérêts, mais qui d'autre part prétendent *appliquer les principes du droit commun* en exigeant un commencement de preuve par écrit des promesses de mariage. Or depuis quand les quasi-délits doivent-ils être prouvés par écrit? M. Demolombe, du moins, n'était pas tombé dans cette hérésie juridique (Mariage, t. I, n° 33) que repoussent expressément aussi les tribunaux civils de Loudun, 7 déc. 1883, et de Carcassonne, 15 février 1888. On voit que la confusion n'est pas près de cesser. Et la Cour de Lyon, 5 mars 1888, disait dans un langage un peu étonnant, mais juste : « considérant qu'il est déjà fort contestable qu'on puisse être admis à établir par témoins la promesse du mariage. » Contestable et contesté en effet, comme tout le reste d'ailleurs.



Mais il y a mieux que cela : les arrêts dont on se prévaut pour présenter la loi sous une couleur acceptable, ces arrêts favorables à la femme, quand même ils formeraient l'unanimité, ne nous satisferaient point. Ils pèchent pour la plupart à deux points de vues : soit dans le dispositif, soit dans les considérants, nous voulons dire par le chiffre minime des dommages-intérêts alloués et par une façon étroite de considérer les rapports intersexuels, qui demande plus de vertu à la femme, en ne lui permettant pas l'entraînement reconnu légitime chez l'homme.

C'est à ces deux points de vue qu'il nous reste à les examiner ; l'un pour ainsi dire purement financier et d'appréciation pécuniaire ; l'autre d'ordre psychologique ; tous deux du reste pouvant être rattachés à une idée commune : c'est que ces restrictions dans la pratique sont comme la rançon de l'entorse donnée à la loi dans une théorie extra-légale, ou la compensation de la hardiesse d'abord commise. Les juges ne se sentent pas sur un terrain sûr ; ils réparent à demi le dommage causé, par des estimations souvent dérisoires, et ils ne veulent pas le voir partout où il existe, en reconnaissant seulement à la femme le bénéfice de son bas âge ou d'une situation inférieure et non celui d'un entraînement qu'elle peut subir cependant au même degré que l'autre sexe.

Quant au premier point, nos explications seront brèves ; il s'agit d'une question de chiffres, de comparer les sommes allouées dans des circonstances analogues par les tribunaux d'autrefois et les tribunaux d'aujourd'hui. On a déjà vu plusieurs exemples du droit ancien. Mettons à côté ceux du droit nouveau <sup>1</sup>. Mais rappelons qu'il y a toujours un enfant dans les deux séries de cas.

C'est le tribunal de Castelsarrazin (confirmé par la Cour d'appel) qui alloue 3.000 francs.

Et cette somme paraît également très suffisante à la Cour de Colmar (31 décembre 1863), et à la Cour de Toulouse (28 novembre 1871).

<sup>1</sup> Tous ces chiffres sont tirés de l'ouvrage de MM. Coulet et Vaunois, déjà cité ; et ce sont les seuls, pour qu'on ne puisse pas nous accuser d'avoir choisi à dessein. Ces auteurs sont contraires aux promesses de mariage et, par conséquent, ils ne doivent pas avoir choisi les chiffres les plus faibles, mais plutôt les plus forts.

La Cour d'Aix (7 juin 1869) va jusqu'à 4.000 francs.

Mais la Cour de Montpellier (10 mai 1851) descend à 1.200 ;

Et la Cour de Bordeaux (27 novembre 1852) plus bas encore, à 500.

A propos de quoi on a pu faire une remarque aussi juste que spirituelle <sup>1</sup>, en se demandant si la Cour a voulu indemniser la fille-mère de la perte de sa virginité estimée seulement à 1.200 ou 500 francs, ce qui est peu, ou si elle a voulu contraindre l'amant à payer à la fille le prix de ses faveurs, 1.200 ou 500 francs, ce qui est beaucoup<sup>2</sup>...

Et dans aucune de ces condamnations, qu'il suffit de rapprocher de celles vues plus haut (avec la valeur de l'argent aux deux époques, prise en considération), il n'y a rien de particulier pour l'enfant, qui doit se contenter de cette maigre pitance, alors que les deux éléments étaient bien nettement distingués dans l'ancien droit <sup>3</sup>.

Parfois, cependant, il en a été autrement ; et la Cour de Caen (arrêt du 10 juin 1862, à propos duquel est intervenue Cour de cassation 26 juillet 1864), tenant compte de la réalité des choses, alloue 4.000 francs à la mère, plus une pension annuelle de 500 francs, et avec cela une annuité de 500 francs pour chaque enfant — il y en avait 6 — jusqu'à 18 ans, et de 250 au-delà. Mais cette condamnation, qui tranche si complètement avec l'insuffisance des précédentes, reste isolée ; et actuellement, si on continue à s'occuper de l'enfant, c'est au détriment de la mère à qui on ne fait plus qu'une aumône. Le tribunal civil de la Seine, le 24 février 1876 en allouant une pension de 365 francs à l'enfant, donne 1.000 francs à la mère.

Il ne s'agit que de généraliser, et on sera dans le vrai, — nous le répétons, — sauf dans quelques cas exceptionnels qui ne font que mieux ressortir le taux très bas de la moyenne. C'est la moyenne qui a été changée. Et à cela rien d'étonnant ! On avait

<sup>1</sup> MM. Coulet et Vaunois (*ibid.*).

<sup>2</sup> Une seule fois nous voyons la Cour de Bourges, en 1879, aller jusqu'à 10,000 fr.

<sup>3</sup> V. Fournel qui leur consacre à chacun un paragraphe distinct (1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>) dans le chap. XI de la 1<sup>re</sup> partie.

pris un point de départ autre, celui d'un quasi-délit, au lieu d'une convention. La femme devait arracher pièce à pièce la réparation du préjudice souffert; on lui disputait jusqu'au premier sou. La preuve était à faire pour elle, avec toutes les difficultés et les fins de non recevoir d'un système mal assis ou d'esprits prévenus contre elle. Dans l'ancien droit, la preuve était faite pour elle, dès que la question était posée; elle n'avait qu'à établir la promesse de mariage suivie de grossesse, ou même le second fait d'où découlait le premier, avec l'auteur démontré de l'un ou de l'autre; toutes les portes s'ouvraient devant elle, les cordons de la bourse se déliaient. Les rôles étaient renversés.

Mais pour aboutir encore à ces dommages-intérêts si insuffisants, si disproportionnés qu'ils soient, que ne faut-il pas pour cette jurisprudence toujours doutant d'elle-même, donnant d'une main ce qu'elle retire de l'autre, et faisant payer ses concessions par mille réserves imposées par une situation fausse! Avec quelle pitoyable attitude et quelle dramatique histoire doit se présenter la fille-mère pour intéresser les juges à son sort; et comme il faut qu'elle ait trois fois raison pour obtenir justice!

Vous croyez peut-être qu'il suffit que l'homme ait coopéré à la faute, pour en être rendu responsable au même titre qu'elle, et qu'unis dans la même action, à un degré analogue parce qu'ils ont subi le même entraînement réciproque, ils en partageront dès lors les conséquences?

Détrompez-vous. Cela pouvait être, cela était la théorie de l'ancien droit<sup>1</sup>. Mais comme nous en sommes loin aujourd'hui! Et comme la femme est aujourd'hui traitée à la façon d'un être au-dessus des passions et des faiblesses humaines, admises et comprises chez l'autre sexe, mais qui à elle doivent lui rester parfaitement étrangères!

Si elle a succombé étant dans une situation égale ou à peu près

<sup>1</sup> Fournel définit ainsi la peine pécuniaire (en l'opposant à la condamnation à une peine afflictive, parfois prononcée): «... le dédommagement qui appartient à une fille, soit mineure, soit majeure, qui a de plein gré fait le sacrifice de sa pudeur, sans qu'elle puisse imputer à l'auteur de sa grossesse aucune machination criminelle pour lui arracher son consentement», chap. XI, introduction.

égale avec son amant par son âge ou sa position sociale, qu'elle n'attende rien de la justice (on va en voir les preuves); elle n'a à s'en prendre qu'à elle même — théorie singulière à l'égard de l'homme ainsi amnistié, on ne sait pourquoi, mais surtout atroce à l'égard de l'enfant qui n'a rien à voir avec cette psychologie de convention <sup>1</sup>.

Car c'est à cela que se réduit la fameuse donnée de la *séduction* en dehors de laquelle il n'y a pour la fille-mère qu'une fin de non recevoir obstinée, inflexible, donnée développée dans une jurisprudence constante, celle-ci — c'est le seul point en quoi elle soit constante. Pression d'un être plus fort sur un être plus faible par le degré d'expérience, la situation pécuniaire ou des circonstances semblables, voilà ce qu'est la séduction suffisante aux yeux de la jurisprudence pour rendre la jeune fille digne de pitié, et par conséquent l'enfant qui est bien étranger à ces combinaisons. Disproportion d'âge ou de fortune dont a profité le séducteur, abus d'autorité ou d'influence dont il s'est rendu coupable, voilà les seules choses qui arrêtent les tribunaux, les seules choses qui leur importent et dont ils s'occupent pour venir en aide à la mère et diminuer ses charges.

Ils disent toujours :

Cour de Dijon du 16 avril 1864.

« Considérant... que A. a exercé sur la fille B. une contrainte morale exclusive d'un consentement intelligent et d'un entraînement volontaire... » (Seulement dans ce cas).

Tribunal de Pau, 29 janvier 1869.

« Attendu... que les tribunaux ne doivent admettre qu'avec une certaine réserve la présomption ou les preuves qui les exposeraient à confondre la chute d'une jeune fille qui cède à l'empire de la séduction, avec la faute de celle qui succombe à un entraînement mutuel ou au dérèglement des sens... »

Cour de Bastia, 28 août 1854.

<sup>1</sup> Tout au contraire, dans l'ancien droit, le jeune homme même mineur qui, comme tel, n'avait pas pu s'engager envers la femme, était cependant grevé d'une obligation naturelle envers l'enfant issu de ses œuvres (V. Fournel, chap. III, § 1<sup>er</sup>, *in fine*). Et quoi de plus juste en même temps que de plus humain?

« Considérant que les relations intimes qui ont existé entre les deux amants ont été le résultat d'un entraînement réciproque, et qu'on ne saurait sérieusement soutenir qu'une femme puisse être admise à réclamer par la voie judiciaire le prix de sa faiblesse, de son déshonneur ou de son libertinage; considérant que vainement il est déclaré au jugement dont est appel que les écarts de la fille B. auraient été précédés d'une promesse de mariage... » <sup>4</sup>

De sorte que quand les promesses de mariage auront eu lieu entre deux individus n'ayant l'un envers l'autre aucun moyen d'action spécial, aucune supériorité tangible, et qu'ainsi les influences se contrebalançant ils auront eu un rôle égal, alors les promesses ne serviront plus de rien pour envisager la situation et seront non-avenues en tant que moyen de réclamation pour la femme déclarée inexcusable d'y avoir attaché la moindre importance. Et cependant, pourquoi, en bonne raison, ce bill d'indemnité au profit d'une partie, se traduisant en flétrissure irrémédiable pour l'autre partie?

S'il est vrai que la femme mineure doit être plus protégée que l'autre (et ici la loi pénale pourrait être incriminée pour son silence), et qu'on doit ainsi plus particulièrement venir à son secours en cas de grossesse amenée par des manœuvres trompeuses; s'il est vrai que les tentations de la misère constituent autant de motifs nouveaux de faveur, comme aussi certains modes d'existence avec leurs occasions de chute et leur dangereuse subordination; si tout cela est vrai, est-ce qu'il en résulte pour autant, qu'une femme dans les conditions ordinaires doit être

<sup>4</sup> En dernier lieu un arrêt de la Cour de Chambéry est à signaler ici, du 31 mai 1887. D'après lui, « il est de jurisprudence constante que la promesse de mariage ne peut servir de base à une demande en dommages-intérêts... lorsque les relations illicites ont été le simple résultat d'un entraînement réciproque, d'une volonté libre et réfléchie de part et d'autre; que si dans ce cas les relations ont causé à la femme un préjudice, elle ne peut l'imputer qu'à elle-même;... qu'il serait contraire à tous les principes de morale qu'elle pût obtenir le prix d'une faiblesse et d'un libertinage dont elle a été elle-même complice etc. » C'est toujours la même théorie. Il n'y a qu'à la rapprocher de ce que disait Fournel, de la jeune fille qui a de *plein gré fait le sacrifice de sa pudeur*, pour mesurer le progrès accompli chez nous dans la morale rigide — contre la femme.

déclarée inexcusable d'avoir cédé à une inclination en croyant à une parole donnée?

Est-ce que la femme ne peut pas faillir? Ce privilège sera-t-il réservé à l'homme?

Et si elle est vraiment coupable, faut-il qu'elle porte seule le poids d'une faute qu'elle n'a pas commise seule?

Quelle idée se fait-on donc des responsabilités? Et où est la logique dans tout cela?

Ne semble-t-on pas raisonner à contre-sens, lorsque de la faiblesse ou de l'entraînement constatés chez la femme, on conclut qu'il n'y a rien à reprocher à l'homme et par suite rien à lui faire supporter?

Que le rapporteur du Code pénal, ayant à s'expliquer sur la limite de seize ans après laquelle l'enlèvement (sans violence) d'une jeune fille n'est plus puni, ait pu en faveur de cette immunité, invoquer l'action réciproque des deux sexes qui rend commune la culpabilité ou du moins empêche de l'assigner avec certitude, rien de plus simple; ses paroles donc s'expliquent quand il dit. « Il est si difficile à cette époque de la vie, vu la précocité du sexe et son excessive sensibilité, de démêler l'effet de la séduction, de l'abandon volontaire? Quand les atteintes portées au cœur sont réciproques, comment distinguer le trait qui l'a blessé? Et comment reconnaître l'agresseur dans un combat où le vainqueur et le vaincu sont moins ennemis que complices? »

Mais de ce que *les attentats portés au cœur peuvent être réciproques*, s'ensuivra-t-il qu'on n'en tiendra compte que pour en faire un crime à la femme, et lui laisser toute la responsabilité dans la question de l'enfant?

Parce que *l'agresseur est difficile à reconnaître*, dirons-nous que c'est toujours la femme qui a commencé, afin de voir dans l'homme une victime digne de tout l'intérêt et faite pour échapper à toutes les conséquences de ses actes?

Parce que *le vainqueur et le vaincu dans ce combat sont moins ennemis que complices* dirons-nous qu'un seul des combattants

<sup>4</sup> Rapport de M. Monseignat au Corps législatif sur l'art. 356, C. Pénal.  
— Loqué, t. XXX, p. 527.

aura les honneurs de la guerre en rejetant sur l'autre ses suites pénibles?

Mais ce qu'on ne dirait pas de sang-froid on le dit quand on est poussé par le sentiment qu'on fait une brèche à la loi et qu'il faut la faire aussi petite que possible, ou si l'on veut, qu'il faut lui rendre hommage en la tournant. La théorie des dommages-intérêts imposés à l'auteur d'une grossesse est extra-légale, nous croyons l'avoir démontré; on accumulera donc les conditions nécessaires à la recevabilité de l'action de la fille-mère, faisant de l'arbitraire pour corriger un autre arbitraire. Et ainsi à côté des cas où on méconnaît le Code, se placeront ceux où on lui reste fidèle. Et moyennant cette distinction toute factice on pourra se croire en règle avec la disposition impérative qu'on a l'air de respecter, puisqu'on lui fait sa part. On a créé ainsi la théorie de la séduction, de cette pression, de ces manœuvres constituant un quasi-délit, théorie d'un vague à désespérer les plus habiles jurisconsultes, et qui, à chaque instant, échappe à ceux qui prétendent s'en servir, comme on a pu le voir par les exemples cités.

On exige un fait particulier de l'homme, un dol outre les promesses de mariage, pour qu'il puisse être rendu responsable; confondant ainsi le droit civil et le droit pénal et entraîné par cette idée de quasi-délit, sans tenants et sans aboutissants — car si l'on comprend que l'âge de la jeune fille puisse être de quelque considération pour frapper son séducteur pénalement, de même que sa situation sociale quand elle a été victime des obsessions d'un maître ou d'un patron, en quoi ces circonstances peuvent-elles être déterminantes pour établir la responsabilité de l'amant au point de vue des promesses qu'il n'a pas tenues et de l'enfant qu'il y a à élever? Pourquoi en présence de deux personnes égales en fait et en droit, en sacrifier complètement une, et surtout comme conséquence, pourquoi sacrifier l'enfant?

#### IV. — CONCLUSION.

Il est temps de résumer cette jurisprudence que nous avons longuement étudiée et de conclure.

On avait soutenu qu'elle avait accommodé le Code aux besoins de la pratique, qu'elle remplissait tous les desiderata.

Nous avons montré que loin d'interpréter la loi, elle arrivait à la faire, et qu'ainsi elle avait tous les défauts d'une loi non écrite, le vague, la variabilité; mais plus que cela encore, les défauts que doit avoir une loi double et contradictoire, l'incohérence et la confusion. Cette jurisprudence n'est pas unanime, bien loin de là, et elle ne peut pas l'être. Viciée dans sa base juridique qui manque, elle dévie dans ses aspirations de justice par une appréciation faussée des rôles.

Elle ne peut pas progresser, tant que l'article 340 est là : c'est lui qui a amené la distinction frivole des dommages-intérêts opposés aux conséquences de la paternité, c'est-à-dire des réparations dérisoires en même temps que toujours contestées ; puis cette conception de quasi-délit qui retrécit la question en voilant les responsabilités. Il faut revenir aux promesses de mariage valables, et surtout aux promesses présumées en cas de grossesses ; mais cela suppose que la question de grossesse puisse être présentée d'une façon principale et directe, c'est-à-dire que la paternité puisse être recherchée, contrairement à ce que décide le Code.

Il n'y a que deux données logiques possibles : celle du Code dans sa rigueur, l'interdiction absolue et sans tempérament, que la jurisprudence depuis quarante ans a démontrée impraticable en fait, car le mouvement qu'elle exprime, quoique confus dans ses manifestations, n'en a pas moins une portée incontestable et décisive, et c'est pour cela que nous la retenons ; puis en face du Code, l'ancien droit.

Que celui-ci soit pratique, comme il est juste en théorie, et qu'il puisse être appliqué sans danger et sans protestations aujourd'hui comme hier, c'est ce que cette jurisprudence s'est chargée de démontrer en empruntant à l'ancien droit ses points de vue, ses procédés, sinon ses termes consacrés, et tout en se défendant de pactiser avec lui.

Nous l'avons vu : accorder une réparation pour le dommage qui suit une promesse de mariage, c'est dire que les promesses de mariage sont valables à moins de ne rien dire du tout ; et cela a pu fonctionner sans trouble et sans froissement de l'opinion publique.



De même que parler de l'auteur d'une grossesse, et parler d'une paternité, c'est tout un ; ce qui a pu s'entendre sans effroi et sans scandale.

Avec une base commune, le mouvement contemporain et l'ancien droit se rencontrent encore dans le détail, dans les moyens d'exécution ;

Par exemple, s'attachant également à l'honnêteté de la fille pour savoir si sa demande sera reçue :

Ou faisant du changement de conduite de cette fille après les promesses de mariage, un motif pour l'amant de se dédire et une cause d'exemption pour les dommages-intérêts <sup>1</sup>.

A quoi bon pousser plus loin la comparaison ? Cette chose qui a été réalisée pendant tant de siècles, contre laquelle aucune plainte ne s'est élevée et qui a disparu du Code seulement par l'adoption d'un principe nouveau jugé lui-même mauvais, le

<sup>1</sup> Deux points resteraient à régler qui ne trouvent pas dans l'ancien Droit un éclaircissement suffisant, l'un d'entre eux du moins : c'est la question de *preuve*, et celle de la *majorité* à exiger chez l'individu qui prend l'engagement.

Mais pour la première question, l'application des principes généraux (commencement de preuve par écrit pour les matières au-dessus de 150 fr.) résoudrait dans un sens acceptable la plupart des difficultés, ou plutôt les quelques difficultés que laisserait subsister la présomption légale de promesse attachée au fait seul de la grossesse ; car c'est là le nœud du débat, et qui se tranche de lui-même par conséquent.

Quant à la seconde question, la solution est toute tracée aussi ; l'engagement ne sera valable en principe que pris en état de majorité ordinaire (à 21 ans), âge qui correspond déjà à la majorité pour le mariage chez la jeune fille et qu'il serait facile, nous disons mieux, très désirable et très légitime de faire coïncider avec cette majorité pour le mariage chez le jeune homme, aujourd'hui portée bien à tort à 25 ans. En effet, on ne peut accepter plus longtemps que l'homme habile à voter et par conséquent à disposer dans la mesure de son pouvoir des destinées du pays, ne puisse pas disposer de sa personne, et que l'incapacité privée se prolonge de 5 ans au-delà de l'incapacité politique.

Maintenant, que si l'engagement est pris en même temps par le futur ou la future et ses parents, il n'y aurait à exiger que l'âge requis pour le mariage lui-même (15 ou 18 ans) ; mais toujours cet âge bien entendu, puisqu'on ne veut nullement prendre à l'ancien droit l'abus qu'il avait fait des fiançailles, mais seulement ce qu'elles eurent de normal et de sérieux.

principe de l'art. 340, cette chose, dis-je, n'est-elle pas toute prête à reprendre sa place dans nos mœurs comme dans nos lois?

Un principe jugé mauvais, prétendons-nous. Pour le démontrer il n'y aurait qu'à se rappeler la série d'arrêts qui en font bon marché et le condamnent par là même. Mais jugeant qu'une étude approfondie de l'origine de l'art. 340 et de ses résultats était nécessaire, nous l'avons tentée en 1884 (*Revue critique* déjà citée), nous n'avons pas à y revenir.

Mais les deux études se complètent l'une par l'autre et s'éclaircissent d'un nouveau jour : la thèse des promesses de mariage ne pouvant se faire admettre qu'au moyen de la recherche de la paternité qui leur donne leur raison d'être et leur offre dans les 9/10<sup>e</sup> des cas une application sérieuse ; d'autre part l'enquête sur l'auteur de la grossesse et sa poursuite revêtant un caractère de moralité avec l'engagement qui a précédé cette grossesse et l'explique.

Les deux ordres d'idées ont donc une corrélation étroite, et nous avons dû à plus d'une reprise faire allusion aux mêmes décisions judiciaires dans l'un et l'autre cas.

Ils se rencontrent encore dans la rupture qui s'est faite avec l'ancien droit sur deux points importants de l'économie sociale, rupture amenée dans la forme par des malentendus de rédaction également grossiers dans les deux cas, puisque les promesses de mariage n'ont été oubliées primitivement que par inadvertance, de même que la rédaction de l'art. 340, a été conservée comme elle est demeurée, par l'erreur du copiste <sup>1</sup>.

Les deux ordres d'idées touchent également aux plus hauts problèmes de moralité, de population, de conservation ou de dégénérescence de la race ; ils mettent, par leur concours, en relief la scission qui s'est faite entre le passé et le présent, en ce qui concerne les rapports intersexuels, cela bien à l'étourdi et sous l'influence d'une époque troublée ; ils nous donnent peut-être une des causes de notre décadence relative comme race au milieu des peuples qui nous entourent.

Quand on examine en effet la France ancienne et la France actuelle, indépendamment bien entendu des vicissitudes de la

<sup>1</sup>V. sur ce point notre article de la *Revue critique* de 1884.

politique et des désastres passagers de la guerre, on est frappé de l'infériorité de cette dernière au point de vue de la *natalité* ou de la force prolifique.

Les renseignements de la statistique sont aussi peu rassurants que peu contestables.

Nous ne parlons pas seulement ici de l'amointrissement de la France à l'égard de ses voisins ou de ses rivaux, qui l'a fait tomber en un siècle, sur l'échelle des grandes nations, du n° 1 au n° 5, compromettant non-seulement notre puissance politique, économique et militaire, mais encore mettant en question jusqu'à l'avenir de notre langue. Le phénomène auquel on peut assigner des causes violentes, pourrait être réparé et sans qu'il y ait besoin de recourir au jeu toujours chanceux des batailles <sup>1</sup>.

Nous parlons surtout de cet état qu'on désigne sous le nom d'épuisement de la race et qui se manifeste par le nombre des enfants. Il y a moins d'enfants aujourd'hui qu'il y a un siècle, et le mouvement de diminution, chose plus remarquable, n'a pas cessé de s'arrêter depuis le commencement de ce siècle, époque où il a commencé : tel est le témoignage des démographes les plus consciencieux.

<sup>1</sup> Population des grandes puissances de l'Europe en 1789 (d'après M. Lévassieur de l'Institut, *Annales de démographie*, 1879).

France. ....	26 millions.
Angleterre.....	12
Russie.....	25
Autriche.....	18
Prusse.....	5

Soit un total de 86 millions. La France figurait dans ce total pour 32 centièmes.

Voici maintenant le même tableau pour 1880 (toujours en millions).

France.....	37.2
Angleterre. ....	34.8 pour l'Europe seulement, par conséquent avec les colonies de peuplement, bien au-delà de 40.
Autriche. ....	39
Empire Allemand. ....	45.6
Russie d'Europe.....	84.5
Italie.....	28.6

Soit en tout 270 millions d'habitants, seulement pour l'Europe. Sur lesquels la France ne figure plus que pour 13 p. 100.

« Au siècle dernier, dit M. J. Bertillon <sup>1</sup>, la natalité française était à peu près celle des Allemands d'aujourd'hui, c'est-à-dire qu'elle était fort considérable (d'après Moheau, de 40 pour 1.000 habitants). Au commencement du siècle elle a déjà décliné; et désormais elle ne cesse de décroître. Le mouvement persiste encore en ce moment, et vraiment on se demande où il s'arrêtera, quoique déjà depuis longtemps il n'y ait pas une nation qui ait si peu d'enfants. »

Au point de départ de ce mouvement, nous trouvons une révolution accomplie dans les rapports intersexuels.

Comment ne pas voir dans ce rapprochement une relation de cause à effet?

Comment surtout ne pas arriver à cette conclusion, quand l'induction est corroborée par le spectacle des peuples étrangers qui ayant conservé les anciens usages, ou n'ayant pas subi de réformes sur ce point, offrent tous un développement continu formant antithèse avec notre population stationnaire?

La natalité peut s'établir au moyen de différents rapports; mais tous les calculs donnent le même résultat. On se demande en général combien il y a de naissances annuelles sur 1.000 femmes de 15 à 50 ans, et l'on trouve qu'il y en a :

En France.....	102
En Angleterre.....	136
En Bavière.....	156
En Belgique.....	127
En Espagne.....	141
Aux Pays-Bas.....	137
En Irlande.....	114
En Prusse.....	150

Et ce qui ressort d'un simple regard jeté sur ce tableau, c'est ceci : *Tous les pays de l'Europe, sans aucune exception, sont plus féconds que la France; presque tous l'emportent sur nous d'un tiers et l'Allemagne, notamment, a moitié plus d'enfants que nous* <sup>2</sup>.

Or, voici comment il est vrai que les anciens usages sont con-

<sup>1</sup> *Le statistique humaine de la France* p. 75, 76.

<sup>2</sup> J. Bertillon, *ibid.*, ch. VI.

servés à peu près partout ailleurs que chez nous. Des formules aussi générales peuvent être données, ici, que celles que nous avons employées à propos de la recherche de la paternité. Sans entrer dans une étude de législation comparée qui sortirait de notre cadre, nous donnerons seulement l'opinion de M. Glasson, professeur à la faculté de Paris, dans sa monographie touchant directement à notre sujet : *Du consentement des époux au mariage*. Le savant auteur résume ainsi d'assez longues pages qu'il consacre à élucider ce point (n° 114) :

« Dans la plupart des États de l'Europe, les fiançailles existent encore et les promesses de mariage sont parfaitement valables, à la condition le plus souvent d'avoir été faites suivant une certaine forme prescrite par la loi; leur inexécution donne lieu à des dommages-intérêts. »<sup>1</sup>

Veut-on un renseignement plus décisif encore? Les causes touchant à la population ou à la natalité d'un pays, dira-t-on, sont toujours nombreuses et complexes. Il est difficile de raisonner sur des milieux aussi différents que la race anglo-saxonne et la race latine, ou même les différents rameaux de la race latine; chaque groupe peut être sous des influences bien diverses; et conclure de ce qui se passe chez l'un pour en tirer une leçon au sujet des autres est plus ou moins arbitraire, par conséquent chanceux...

Soit! eh bien! alors prenons un rameau de cette branche celto-latine qui est la France; prenons une de ses colonies qu'elle a perdue il y a un siècle aussi, mais qui est restée bien française par la langue et les mœurs autant que par le cœur, sans se mêler à ses voisins, nous voulons dire le Canada.

Le Canada français a vu sa population croître dans une mesure qui a de quoi nous étonner aujourd'hui, mais qui n'est peut-être pas en disproportion avec le mouvement ascendant d'autrefois sur le continent, étant donné du reste le milieu favorable d'un pays neuf: de 60,000 habitants en 1763, elle est passée à 1 million 200,000; elle a vingtplié.

Or, le Canada a conservé les usages qui étaient les nôtres

<sup>1</sup> L'article 54 du nouveau Code civil italien les consacre en limitant la durée de l'action qui en découle, à une année.

avant la commotion terrible à laquelle il n'a pas participé, étant déjà séparé de la mère patrie.

Ce fait est le dernier que nous voulions constater. Il répond à ceux qui seraient tentés de dire que la France s'étiole, parce qu'il est dans sa destinée de s'étioler.

Il est en même temps qu'une preuve péremptoire, selon nous, de ce que nous avons avancé, le gage d'un revirement toujours possible, l'espoir d'une régénération que nous voulons tous, mais à laquelle nous ne songeons pas assez et d'une revanche pacifique de nos malheurs — la véritable et la plus sûre de toutes, celle, en tout cas, sans laquelle demeure douteuse l'autre.

LÉON GRAUD.

---

## BIBLIOGRAPHIE.

---

### LES ÉTATS DE BÉARN DEPUIS LEURS ORIGINES, JUSQU'AU COMMENCEMENT DU XVI<sup>e</sup> SIÈCLE. ÉTUDE SUR L'HISTOIRE ET L'ADMINISTRATION D'UN PAYS D'ÉTATS,

Par M. LÉON CADIER, membre de l'École française de Rome, ancien élève pensionnaire de l'École des Chartes et de l'École des Hautes Études <sup>1</sup>.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon

En décrnant, dans sa séance du 6 juillet 1888, la 1<sup>re</sup> médaille dans le concours des antiquités nationales au beau livre qu'a publié récemment M. Léon Cadier sur les *Etats de Béarn*, l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres en a consacré, par une de ses plus hautes et de ses plus enviabes distinctions, tout le mérite scientifique et toute la valeur érudite. Un pareil succès n'est, d'ailleurs, que légitime, et il suffit de prendre connaissance de l'œuvre pour n'avoir que des éloges à adresser à celui qui l'a pensée et écrite. Elle constitue, sans contredit, un des meilleurs travaux parus jusqu'ici sur la région pyrénéenne, dont l'histoire du droit public et privé a déjà fait naître de nombreuses études.

La première partie de l'ouvrage est consacrée à la bibliographie, sur laquelle l'auteur a porté un examen des plus détaillés et des

<sup>1</sup> Paris, *Impr. nat.*, 1888, 1 vol. in-8.

plus consciencieux. La tâche était, ici, d'autant plus difficile, que les sources sont aussi multiples que variées, et que, pour la plupart, elles sont inédites. Nous ne saurions trop l'approuver de ne s'en être pas tenu, à cet égard, à une aride nomenclature. Il a su, avec beaucoup de talent, esquiver cet écueil et tempérer la sécheresse et la monotonie d'une lente énumération, par une étude critique sur les *Fors* de Béarn; ils sont, en effet, la principale source de nos informations et de nos renseignements sur les institutions de la province.

Après avoir établi quelques distinctions nécessaires entre les diverses parties des *Fors*, M. Cadier détermine la date approximative de chacune de ces parties; peut-être bien a-t-il quelque peu exagéré l'antiquité de certaines d'entre elles.

Vient ensuite une large et vaste *Introduction*, consacrée à l'origine des États provinciaux en général. L'auteur distingue très nettement les assemblées plus anciennes, réunies exceptionnellement pour donner leur avis sur un point déterminé, des États proprement dits, appelés régulièrement à délibérer sur l'administration. Discutant, à ce sujet, l'origine même des États provinciaux en Béarn, il montre, avec un luxe de développements historiques fort remarquable, qu'ils ne se sont formés seulement que dans la seconde moitié du XIV<sup>e</sup> siècle. C'est, d'après lui, à l'administration de Gaston Phœbus de Foix en Béarn (1343-1390) qu'ils remonteraient. Il y a à là toute une genèse que M. Cadier excelle à reconstituer; c'est avec autant de charme que de profit que le lecteur l'accompagne dans ses recherches approfondies, dans son exposé lumineux, dans ses rapprochements tout à la fois si féconds et si démonstratifs.

Ayant ainsi fixé, avec autant de sagacité que d'érudition, les origines des États de Béarn, l'auteur en suit pas à pas l'histoire pendant toute leur durée jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, jusqu'en 1516, c'est-à-dire au début du règne d'Henri II. Le corps même de l'ouvrage est divisé en trois parties. — La première embrasse l'histoire des États de Béarn pendant leur formation; l'organisation de la Cour féodale, d'où les États sont dérivés; puis la constitution générale du pays, enfin l'administration des Comtes de Foix et les premiers États.

Dans la seconde partie, M. Cadier retrace l'histoire des Assemblées provinciales du Béarn pendant leur période la plus glorieuse au XV<sup>e</sup> siècle, sous le Comte Mathieu, sous les Comtes de la maison de Foix-Grailly, sous les princes de la maison de Foix-Navarre. Il se trouve ainsi amené à nous présenter un tableau saisissant des grands événements politiques de cette région.

Ces longues et patientes investigations ne constituent encore que la moitié du travail. Les deux cent cinquante pages dont se compose la troisième et dernière partie sont consacrées à exposer l'organisation et les attributions des États de Béarn. Dans une série de six chapitres, aussi neufs qu'ils sont intéressants et curieux, l'auteur étudie la composition, la tenue, l'action, les attributions politiques, financières, administratives et législatives de ces États au XV<sup>e</sup> siècle.

La conclusion, qui est un résumé du livre, est suivie de deux appendices, dont le premier a pour but de dresser le catalogue des sessions des États de Béarn, de 1391 à 1517, et dont le second, naturellement beaucoup plus étendu, contient une foule de pièces justificatives, parmi lesquelles il en est d'une importance capitale. Une table alphabétique très détaillée termine ce bel ouvrage, qui fait le plus grand honneur à son savant auteur, et qui comptera au nombre des meilleurs écrits sur l'histoire de nos provinces. On peut affirmer qu'il figurera dignement à côté de l'étude si distinguée de M. Antoine Thomas sur les États provinciaux de la France centrale sous Charles VII, et qu'il fournira un nouveau modèle et un guide des plus sûrs, en même temps qu'un excellent point de comparaison à tous ceux qui, dans l'avenir, aborderont le champ encore mal exploré des études provinciales.

P. LOUIS-LUCAS.

---

*L'Editeur-Gérant* : F. PICHON.

---



# TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

	Pages.
<b>DROIT CIVIL.</b>	
De la condition de l'enfant conçu après la disparition du mari de la mère, par <i>M. Léopold Thézard</i> .....	97
Du sort, en cas de réconciliation entre les époux, des donations par contrat de mariage faites au profit de l'un d'eux par son conjoint et révoquées par l'effet de la séparation de corps, par <i>M. Ernest Valabrègue</i> .....	148
De l'extinction des privilèges et hypothèques, quand le débiteur est usufruitier de la créance, par <i>M. Léopold Thézard</i> ...	210
De la situation du légataire universel dans le droit moderne et dans l'ancien droit à l'égard des dettes de la succession, par <i>M. Marcel Mongin</i> .....	222
Une lacune du régime dotal, par <i>M. H. Lespinasse</i> .....	381
De la preuve de l'identité, au cas de reconnaissance ou de recherche judiciaire de la filiation naturelle, par <i>M. Alfred Jarrassé</i> .....	411
Examen doctrinal, jurisprudence civile, par <i>M. Ch. Massigli</i> ....	641
Des promesses de mariage, par <i>M. Léon Giraud</i> .....	663, 728
Examen doctrinal, jurisprudence civile, par <i>M. Marcel Plantol</i> ..	273, 705
<b>PROCÉDURE CIVILE.</b>	
Compétence des juges de paix, par <i>M. H. Lespinasse</i> .....	139
L'intervention passive ou forcée dite en déclaration de jugement commun, par <i>M. van Boneval-Faure</i> .....	462
De l'enquête et de l'expertise <i>in futurum</i> , par <i>M. Ernest Valabrègue</i> .....	486
De l'effet des jugements portant condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état, par <i>M. Albert Tissier</i> .....	537
<b>DROIT COMMERCIAL, INDUSTRIEL ET MARITIME.</b>	
Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel, par <i>M. Ch. Lyon-Caen</i> .....	353
Le louage de services et la responsabilité des patrons, par <i>M. Marc Gérard</i> .....	426
Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, par <i>M. Henri Bonfils</i> .....	433
<b>DROIT CRIMINEL.</b>	
Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, par <i>M. Albert Desjardins</i> .....	1
Des réparations aux victimes d'erreurs judiciaires, par <i>M. R. Nicolas</i> .....	548
De l'indemnité à allouer aux individus indûment condamnés ou poursuivis en matière criminelle, correctionnelle ou de police, par <i>M. Henri Pascaul</i> .....	597
L'école anthropologique en matière de criminalité : Lettre de <i>M. Luigi Lucchini</i> à <i>M. Ch. Lucas</i> .....	637
<b>DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.</b>	
Examen doctrinal, jurisprudence administrative, par <i>M. Brémont</i> ....	65, 561
De la nature de la personnalité civile des syndicats professionnels, par <i>M. Marc Sauzet</i> .....	296, 391

	Pages.
<b>DROIT INTERNATIONAL ET LÉGISLATION COMPARÉE.</b>	
Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le contrat de mariage, par <i>M. Surville</i> .....	159, 241
Examen doctrinal, droit international, par <i>M. Chauvée</i> .....	193
Aperçu critique sur la détermination de la nationalité d'origine, par <i>M. Surville</i> .....	506
<b>ENREGISTREMENT.</b>	
Examen doctrinal de la jurisprudence en matière d'enregistrement, par <i>M. Ch. Testoud</i> .....	129
<b>HISTOIRE DU DROIT.</b>	
De la loi <i>Difamari</i> ou de l'action de jactance en droit romain et en droit français, par <i>M. Ernest Valabrègue</i> .....	13
<b>DROIT RURAL.</b>	
Une prétendue panacée agricole : la mobilisation partielle du sol par la création des billets hypothécaires, par <i>M. Henri Pascaud</i> .....	105
<b>SOCIOLOGIE.</b>	
Droit et sociologie, par <i>M. Saint-Marc</i> .....	50
<b>BIBLIOGRAPHIE.</b>	
Législation nouvelle du travail : loi sur les syndicats professionnels, promulguée le 21 mars 1884, par <i>M. Alfred Veyan</i> ; compte-rendu par <i>M. P. Louis-Lucas</i> .....	126
Traité théorique et pratique du droit pénal français, par <i>M. R. Garraud</i> , compte-rendu par <i>M. A. Carpentier</i> .....	180
Études sur les assurances sur la vie, par <i>M. Joseph Lefort</i> , compte-rendu par <i>M. P. Louis-Lucas</i> .....	188
Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, par <i>M. Edouard Bonnier</i> ; compte-rendu par <i>M. Marcel Planiol</i> .....	270
Précis de droit criminel par <i>M. R. Garraud</i> ; compte-rendu par <i>M. Laborde</i> .....	346
Mémorial d'audience à l'usage des tribunaux civils, correctionnels et de commerce, par <i>M. Jules Audier</i> ; compte-rendu par <i>M. P. Louis-Lucas</i> .....	349
Pandectes chronologiques ou Collection nouvelle résumant la jurisprudence de 1789 à 1886, par <i>M. Ruben de Couder</i> ; compte-rendu par <i>M. P. Louis-Lucas</i> .....	556
Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, par <i>M. Laferrière</i> ; compte-rendu par <i>M. Léon Auoo</i> .....	690
Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre, par <i>M. E. Boutmy</i> ; compte-rendu par <i>M. P. Louis-Lucas</i> .....	702
Les États de Béarn depuis leurs origines, jusqu'au commencement du XVI <sup>e</sup> siècle. Étude sur l'histoire et l'administration d'un pays d'État, par <i>M. Léon Cadier</i> ; compte-rendu par <i>M. P. Louis-Lucas</i> .....	761

## TABLE PAR NOMS D'AUTEURS

MM.	Pages.
AUCOC.....	Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, par <i>M. Laferrière</i> ..... 690
BONEVAL-FAURE (Van).	L'intervention passive ou forcée dite en déclarations de jugement commun..... 462
BONFILS.....	Examen doctrinal, jurisprudence commerciale.. 433
BRÉMOND.....	Examen doctrinal, jurisprudence administrative..... 65, 561
CARPENTIER.....	Traité théorique et pratique du droit pénal français, par <i>M. R. Garraud</i> ..... 180
CHAUSSE.....	Examen doctrinal, Droit international..... 193
DESJARDINS.....	Examen doctrinal, jurisprudence criminelle..... 1
GÉRAUD.....	Le louage de services et la responsabilité des patrons..... 426
GIRAUD.....	Des promesses de mariage..... 663, 728
JARRASSÉ.....	De la preuve de l'identité, au cas de reconnaissance ou de recherche judiciaire de la filiation naturelle..... 411
LABORDE.....	Précis de droit criminel, par <i>M. R. Garraud</i> ... 346
LESPINASSE.....	Compétence des juges de paix..... 139
—	Une lacune du régime dotal..... 381
LOUIS-LUCAS.....	Législation nouvelle du travail : Loi sur les syndicats professionnels, promulguée le 21 mars 1884, par <i>M. Alfred Veyan</i> ..... 126
—	Etudes sur les assurances sur la vie, par <i>M. Joseph Lefort</i> ..... 188
—	Mémorial d'audience à l'usage des tribunaux civils, correctionnels et de commerce, par <i>M. Jules Audier</i> ..... 349
—	Pandectes chronologiques ou Collection nouvelle résumant la jurisprudence de 1789 à 1886, par <i>M. Ruben de Couder</i> ..... 556
—	Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre, par <i>M. E. Boutmy</i> ..... 701
—	Les Etats de Béarn depuis leurs origines, jusqu'au commencement du XVI <sup>e</sup> siècle. Etude sur l'histoire et l'administration d'un pays d'Etat, par <i>M. Léon Cadier</i> ..... 762
LUCCHINI.....	L'école anthropologique en matière de criminalité : Lettre à <i>M. Ch. Lucas</i> ..... 637
LYON-CAEN.....	Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel..... 353
MASSIGLI.....	Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 641
MONGIN.....	De la situation du légataire universel dans

	Pages.
	le droit moderne et dans l'ancien droit à l'égard des dettes de la succession..... 222
NICOLAS.....	Des réparations aux victimes d'erreurs judiciaires..... 548
PASCAUD.....	Une prétendue panacée agricole : la mobilisation partielle du sol par la création des billets hypothécaires..... 105
—	De l'indemnité à allouer aux individus indûment condamnés ou poursuivis en matière criminelle, correctionnelle et de police..... 597
PLANIOL.....	Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, par M. E. Bonnier..... 270
—	Examen doctrinal, jurisprudence civile... 273, 705
SAINT-MARC.....	Droit et sociologie..... 50
SAUZET.....	De la nature de la personnalité civile des syndicats professionnels..... 296, 391
SURVILLE.....	Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le contrat de mariage..... 159, 241
—	Aperçu critique sur la détermination de la nationalité d'origine..... 506
TESTOUD.....	Examen doctrinal de la jurisprudence en matière d'enregistrement..... 129
THÉZARD.....	De la condition de l'enfant conçu après la disparition du mari de la mère..... 97
—	De l'extinction des privilèges et hypothèques quand le débiteur est usufruitier de la créance. 210
TISSIER.....	De l'effet des jugements portant condamnation à des dommages-intérêts à fixer par état... 537
VALABRÈGUE.....	De la loi <i>Diffamari</i> ou de l'action de jactance en Droit romain et en Droit français..... 13
—	Du sort, en cas de réconciliation entre les époux, des donations par contrat de mariage faites au profit de l'un d'eux par son conjoint et révoquées par l'effet de la séparation de corps..... 148
—	De l'enquête et de l'expertise <i>in futurum</i> ..... 486







